

La Réforme de la Tutelle

Étude de droit comparé

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le Lundi 19 Juin 1933, à 14 heures

PAR

Georges MICHEL

Diplômé Notaire

Lauréat de la Faculté de Droit de Nancy

Membres du Jury:

Président	MM. VOIRIN, Professeur
Suffragants	{ HENRY, Professeur
	{ SIMONNET, Professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie CHEVALIER - MARESCQ & Cie et Ancienne Librairie F. PICHON RÉUNIES

R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, Administrateurs

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e Arr.)

FACULTE DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. SENN (*, ‡, ☉ I).

Doyens honoraires : MM. GÉNY (O *, ☉ I), MICHON (*, ☉ I).

Professeurs honoraires :

MM. MAY (*, ☉ I).

CARRÉ DE MALBERG (*, ☉ I).

ROLLAND (☉ I).

MOREL (☉ I).

Maître de conférences honoraire : M. MÉLIN (☉ I), docteur en droit.

MM. GÉNY (O *, ☉ I), professeur de Droit civil.

MICHON (*, ☉ I), professeur de Droit romain.

BROCARD (*, ☉ I), professeur d'Economie politique.

SENN (*, ‡, ☉ I), professeur de Droit romain.

RENARD (☉ I), professeur de Droit public.

HENRY (☉ I), professeur de Droit criminel.

LAVERGNE (☉ I), professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille.

KRCELL (☉ I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL (☉ I), professeur de Droit international public et privé.

LESCOT (☉ I), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (☉ I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (‡, ☉ A), professeur de Droit civil.

TROTABAS (‡), professeur de Droit administratif et de Législation financière.

F. DE MENTHON, professeur d'Economie politique.

GÉGOUT, docteur en droit, chargé de cours.

MARCHAL, docteur en droit, chargé de cours.

BURDEAU, docteur en droit, chargé de cours.

BERTRAND (☉ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

La Réforme de la Tutelle

Étude de droit comparé

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le Lundi 19 Juin 1933, à 14 heures

PAR

Georges MICHEL

Diplômé Notaire

Lauréat de la Faculté de Droit de Nancy

Membres du Jury:

<i>Président</i>	MM. VOIRIN, Professeur
<i>Suffrageants</i> . . .	{ HENRY, Professeur
	{ SIMONNET, Professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie CHEVALIER - MARESCQ & Cie et Ancienne Librairie F. PICHON RÉUNIES

R. PICHON et R. DURAND - AUZIAS, Administrateurs

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e Arr.)

1933



INTRODUCTION

CHAPITRE I. — *Comment doit être comprise la tutelle.*

CHAPITRE II. — *Sens des réformes à envisager.*

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

Comment doit être comprise la tutelle

Le mot « Tutelle », qui nous vient du latin *tueri* (défendre, protéger), mérite avant tout une définition. DEMOLOMBE ⁽¹⁾ nous dit que c'est « le pouvoir, le mandat, confié par la loi, à une personne, de prendre soin de l'éducation d'un mineur et d'administrer ses biens », et, plus loin, il analyse ce pouvoir comme étant « essentiellement protecteur (ainsi que sa dénomination même l'indique) et qui n'a d'autre but que l'intérêt des mineurs ». Sous une forme plus concise, nous dirons que la tutelle est une mission, confiée par la loi à une personne, de prendre soin d'un mineur ou d'un interdit, de gérer sa fortune et de le représenter dans les actes civils. L'idée qui s'en dégage est de pourvoir à la protection d'une personne incapable de se l'assurer suffisamment par ses propres moyens.

SECTION I

But de la tutelle : Protection des incapables

Il y a lieu de souligner l'idée de protection que comporte toute définition de la tutelle. On ne peut concevoir

(1) DEMOLOMBE, *Traité de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*, 3^e édit., t. I, n^o 29.

l'institution de la tutelle dans un intérêt autre que celui de l'incapable, et, en droit positif comme en droit naturel, il semble que tout doive découler de l'idée de protection. Cependant, cette idée, aujourd'hui admise partout, ne s'est fait jour qu'assez tardivement.

A Rome, l'intérêt de l'incapable était éclipsé par celui du *paterfamilias* et de la famille ou par celui du tuteur. Pour le mineur *alieni juris*, il ne pouvait être question de tutelle, celui-ci se trouvait sous la puissance du *paterfamilias* et la *patria potestas* présentait une telle rigueur, qu'elle donnait à celui qui l'exerçait le droit de vie et de mort ⁽²⁾. De même, l'*alieni juris* ne pouvait avoir d'intérêts distincts de ceux du *paterfamilias* ni de patrimoine propre ⁽³⁾ et la théorie des pécules ne lui accorda que tardivement des droits assez restreints.

Le mineur qui n'était pas *in potestate*, et qui, par conséquent, devenait *sui juris*, était soumis à la tutelle. Là encore, c'est l'intérêt du tuteur qui primait celui de l'incapable; d'ailleurs, en général, le tuteur était le plus proche héritier du pupille ⁽⁴⁾ et agissait, en ce qui concerne les biens de ce dernier, à la manière d'un véritable propriétaire. Un texte de Julien proclame ⁽⁵⁾ : « *Tutor in re pupilli tunc domini loco habetur* » ; il ajoute toute-

(2) GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition, p. 14 et 150.

(3) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 2^e édit., t. I, p. 688.

(4) *Ut qui sperarent hanc successionem, iidem tueruntur bona, ne delapidarentur* (Dig. 26, 4, *De lege tut.* 1 pr.). — *Ubi est emolumentum successionis, ibi et onus tutelae debet* (Inst. 1, 17, *De lege tut.* pr.).

(5) Dig. 41, 4, *Pro emptore*, 7, 3.

fois : « *cum tutelam administrat, non cum pupillum spoliât* ».

Cependant, on peut suivre, dans le droit romain, le développement de l'idée de protection. Dès le début, d'ailleurs, on peut en voir un embryon, puisque l'*actio rationibus distrahendis* et le *crimen suspecti tutoris*, remontant à l'époque des XII Tables ⁽⁶⁾, démontrent que le tuteur n'avait pas uniquement des droits. Puis, la philosophie grecque pénètre dans le droit romain, et, sous son influence, la tutelle devient, de plus en plus, protectrice de l'incapable. En ce sens, on peut citer l'*actio tutelae directa* ⁽⁷⁾ et l'institution de la curatelle ⁽⁸⁾. Par la première, la loi renforce les droits du mineur contre son tuteur, tandis que la curatelle vient au secours de l'incapable sans défenseur. Et enfin, pour esquisser à grands traits cette progression à travers l'histoire du droit romain, si nous passons à l'époque de Justinien, le tuteur n'exerce plus alors son pouvoir que dans l'intérêt du pupille : « ... *Appellantur tutores, quasi tutores atque defensores...* » ⁽⁹⁾.

Les coutumes barbares semblent avoir connu, dès le début, un régime conçu davantage dans un but de protection. Là encore cependant, le pouvoir familial — comprenant l'autorité paternelle, maritale et tutélaire —

⁽⁶⁾ GIRARD, *op. cit.*, p. 232 et 235. — R. LAPRAT, *Le Crimen suspecti tutoris*, thèse Nancy, 1926.

⁽⁷⁾ CICÉRON, *De Officiis*, 3, 17, 70 ; *Inst.* 3, 27, 2.

⁽⁸⁾ V. pour la curatelle du mineur de 25 ans : CICÉRON, *De Off.* 3, 15, 61 — Dig. 4, 4, *De minoribus viginti et quinque annorum*.

⁽⁹⁾ *Inst.* 1, 13, 2.

⁽¹⁰⁾ C'est par erreur, semble-t-il, que CHÉNON traduit *mund* par *main*. Cf. CHÉNON, *Histoire Générale du Droit Français*, etc., 1926, t. I, p. 380.

était aux mains du chef de famille qui détenait ainsi le *mundium*. Ce *mundium* — mot ou radical germanique *mund* (= bouche) ⁽¹⁰⁾ latinisé — on serait tenté de le rapprocher des pouvoirs du *paterfamilias* romain et spécialement de la *manus*, la bouche et la main étant toutes deux des organes de commandement. Mais le *mundium* avait des conséquences beaucoup moins dures ⁽¹¹⁾, il n'était pas question pour le père d'un *jus vitae necisque* sur ses enfants, et ce n'est qu'au cas de profonde misère que l'on permettait au père de vendre ses enfants ⁽¹²⁾. Ceux-ci pouvaient avoir, d'autre part, un patrimoine propre, et, plus tard, LOYSEL dira : « Droit de puissance paternelle n'a lieu » ⁽¹³⁾, ce qui ne signifie pas qu'on dénie au père toute autorité sur ses enfants, mais simplement qu'il n'exerce plus la puissance paternelle avec les attributs excessifs que lui reconnaissait le droit romain ; « en un mot, la puissance paternelle n'avait plus pour base, comme en droit romain, l'intérêt exclusif du père, mais principalement celui des enfants » ⁽¹⁴⁾.

Les mêmes principes se retrouvent dans la tutelle proprement dite qui n'est que le *mundium* dans son application aux mineurs qui ont perdu leurs parents (ou tout au moins leur père). Elle était, en général, déférée au plus proche parent mâle ; mais ce dernier, s'il acceptait, le faisait parce que c'était son droit plutôt que son

(11) CHÉNON, *op. cit.*, t. I, p. 404 et s.

(12) MALÉCOT et BLIN, *Précis de droit féodal et coutumier*, Paris, s. d., p. 31.

(13) LOYSEL, *Institutes Coutumières*, L. I, Tit. I, règle XXXVII.

(14) MALÉCOT et BLIN, *op. cit.*, p. 32.

devoir. Il y voyait un bénéfice (car il avait la jouissance des biens du pupille) et non une obligation ⁽¹⁵⁾.

Sous le régime féodal, nous retrouvons cette tutelle légitime sous le nom de *bail*, lorsqu'elle s'applique aux fiefs. Mais, à côté d'elle, et sous l'impulsion des seigneurs justiciers, nous voyons naître une tutelle *dative*, organisée à l'avantage du mineur, en même temps que la *garde seigneuriale* venait compléter cet ensemble formant véritablement un système de protection. « Car, dit BEAUMANOIR, de droit commun li seigneur sont tenu à garder le droit de tous ceus qui sont sous aage » ⁽¹⁶⁾. Ainsi, la garde seigneuriale ne devait avoir qu'un caractère subsidiaire en ce sens qu'elle devait s'exercer seulement à défaut de tuteur légitime ou datif ⁽¹⁷⁾, assurant, par là même, un protecteur à tout mineur.

Au XIV^e siècle, l'idée de protection du pupille achève son évolution et devient prépondérante ; en législation et en pratique, elle intervient de plus en plus. La tutelle usufructuaire disparaît, par contre le tuteur a droit à un salaire. La gestion du tuteur est contrôlée, et, notamment, il doit faire inventaire et rendre compte ; ses biens sont grevés d'une hypothèque tacite ⁽¹⁸⁾ ; et enfin, le *subrogé-tuteur* et les *assemblées de parents* viennent s'ajouter aux garanties instituées dans l'intérêt des mineurs.

(15) BRISSAUD, *Histoire du droit français*, 1898, p. 1145.

(16) BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, édit. Salmon, XV, n° 520.

(17) En fait, la garde seigneuriale vint souvent compliquer les choses, en se superposant à une autre tutelle. — Cf. BRISSAUD, *op. cit.*, t. II, p. 1150.

(18) BRISSAUD, *op. cit.*, t. II, p. 1164.

Désormais, le but de la tutelle s'avère comme étant la protection du pupille.

SECTION II

La tutelle protège certaines catégories de mineurs et les interdits.

Ainsi, avons-nous conclu après ce bref exposé historique, la tutelle est faite pour *protéger*. Encore faudrait-il savoir *qui* doit être protégé, et, en définitive, quels sont les *incapables* auxquels s'applique le régime tutélaire ? Dans les pages qui précèdent, nous avons souvent parlé du mineur, car c'est lui qui, de beaucoup, fournit le plus fort contingent des cas de tutelle. Mais, à côté de lui, *l'interdit judiciaire* est soumis au même régime. Cette autre catégorie de *pupilles* comprend les aliénés dont l'état mental a, peut-on dire, fait l'objet d'une constatation officielle par les tribunaux, c'est *l'interdiction*.

Selon l'article 489 du Code civil, l'interdiction peut être prononcée pour imbécillité, démence ou fureur, expressions que le Code ne définit pas, peut-être à dessein, dans « son désir de ne laisser échapper aucune cause d'altération de la raison » ⁽¹⁹⁾. Et cependant, en pratique, — par crainte des frais, des formalités, ou d'une fâcheuse publicité — l'interdiction est très rarement demandée : chaque année, en France, le chiffre des de-

⁽¹⁹⁾ PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, 1925, t. I, n° 660.

mandes n'est guère que de 500 ou 800 ⁽²⁰⁾ et, bien souvent, celles-ci ne sont pas poursuivies ou encore n'obtiennent pas satisfaction. La question de l'interdiction n'a donc qu'un intérêt relatif. Mais, pour une autre raison, nous serons amenés à la négliger davantage. Ce qui importe, en effet, à notre étude, ce n'est pas de savoir comment sera ou comment doit être prononcée l'interdiction, mais bien plutôt d'examiner quel sera le sort de l'individu et de son patrimoine une fois l'interdiction prononcée, et, en définitive, à quel régime sera soumis l'interdit. Or, l'article 509 du Code civil résout la question en la supprimant : « L'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens ; les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits », sous réserve néanmoins de quelques adaptations, notamment quant à l'emploi des revenus de l'incapable, ou à la constitution de dot à ses enfants. Quoi qu'il en soit, le Code économise la construction d'un système tutélaire spécial aux interdits, et emprunte en cette matière celui des mineurs.

En est-il ainsi dans d'autres législations ? Oui, à peu près toutes, sauf la législation anglaise, adoptent la même solution.

Le droit anglais distingue trois catégories d'aliénés :

1° *Private lunatics*, qui se subdivisent en *chancery lunatics* ou *lunatics by inquisition*, en *lunatics not so found by inquisition* et en *lunatics under certificate* ;

2° *Pauper lunatics* ;

3° *Criminal lunatics* et *insane prisoners*.

(20) PLANIOL et RIPERT, *ibid.*, n° 659.

Parmi ces catégories, les *chancery lunatics* ou *lunatics by inquisition* (enquête) présentent beaucoup d'analogie avec les interdits en France ⁽²¹⁾. Or, tandis que le mineur anglais reçoit un *trustee* qui s'occupe à la fois de sa personne et de son patrimoine, le *lunatic by inquisition* est soumis à un régime différent et assez original : le lord chancelier confie la garde de la personne de l'aliéné à un tuteur nommé *committee to lunatic* et la garde de ses biens à un curateur appelé *committee to estate*. Les pouvoirs de ces deux *committees* sont très limités ; cependant, le *committee to estate* est ordinairement l'héritier présomptif, dont l'intérêt est que la fortune soit bien administrée, tandis que le *committee to lunatic* est l'héritier le plus proche après l'héritier présomptif, et son intérêt est que l'aliéné vive le plus longtemps possible ⁽²²⁾.

Cependant, on ne saurait assimiler ce système de protection à l'interdiction telle que nous la connaissons, surtout quant aux biens, car alors, bien souvent, la protection peut faire absolument défaut : « Le point de savoir si une personne est atteinte d'aliénation mentale, pour l'accomplissement d'un acte déterminé, constitue, dans chaque espèce particulière, une question de fait. Il n'existe pas « d'état » de folie en matière de capacité

(21) E. BERTRAND, *Loi sur les aliénés*, etc., Paris, 1872, écrit à la page 7, en note : « La déclaration d'aliénation sur enquête équivalait à l'interdiction en France ». Il semble cependant, bien que l'auteur ne le dise nulle part, qu'une telle déclaration soit, presque toujours, le prélude d'un internement dans un établissement public ou privé ; d'ailleurs, dans l'esprit des rédacteurs de notre Code, l'interdiction devait avoir ce résultat. De toutes les catégories précitées, il n'y aurait, probablement, que les *lunatics not so found by inquisition* qui soient laissés en liberté.

(22) E. BERTRAND, *op. cit.*, p. 9.

juridique. Un testament peut être valable bien qu'émanant d'une personne dont la folie a été établie par une enquête qui n'a pas été rapportée... » (23). Nous voici loin de la notion d'interdiction. Et cependant, même chez nous, les aliénés en liberté ne sont-ils pas presque tous logés à la même enseigne, si l'on considère combien rarement est prononcée l'interdiction.

Comme il a été dit plus haut, la plupart des autres législations soumettent l'aliéné interdit au même régime de protection que le mineur en tutelle. Ainsi le Code civil allemand déclare qu'en principe « sont applicables à la tutelle d'un majeur les prescriptions édictées par la tutelle d'un mineur » (24) et le Code suisse organise le même régime de protection pour le majeur atteint de maladie mentale que pour le mineur qui n'est pas sous puissance paternelle (25). Semblable solution est encore donnée par les Codes italien et espagnol (26) et par les Codes russes (27).

En définitive, la solution de notre Code se justifie aisément, il n'y a pas de raison sérieuse d'établir, pour

(23) Ed. JENKS et autres, *Digeste de droit civil anglais*, Paris, 1923, n° 65.

(24) C. Civ. allemand, art. 1897.

(25) C. Civ. suisse, art. 368 et 369.

(26) C. Civ. italien, art. 329, al. 2 ; C. Civ. espagnol, art. 200.

(27) Premier Code soviétique de la Famille, art. 186 et 190. Cependant, un décret du 2 décembre 1920 est venu modifier ces articles en déclarant que désormais la tutelle des mineurs sera de la compétence du Commissariat du Peuple pour l'Instruction Publique, la tutelle des personnes atteintes de maladies mentales devant, au contraire, être de la compétence du Commissariat du Peuple pour l'Hygiène. Cette différenciation se retrouve dans le Nouveau Code de la Famille, art. 72. — Cependant, sauf ce qui vient d'être dit, le régime reste en principe le même pour les deux catégories d'incapables.

la tutelle des mineurs et pour celle des interdits, deux régimes différents, alors que le but reste sensiblement le même et que les deux incapacités — dites *d'exercice* — que l'on veut protéger, doivent l'une et l'autre être presque complètes.

Ce sont donc — mineurs et interdits — les seuls incapables dont nous ayons à nous occuper au cours de cette étude en tant qu'ils sont soumis au régime tutélaire. Et nous laisserons de côté tous les autres cas n'aboutissant pas à une tutelle proprement dite, tels ceux des mineurs émancipés soumis au régime de la curatelle⁽²⁸⁾, des faibles d'esprit et des prodigues pourvus d'un conseil judiciaire⁽²⁹⁾, des aliénés internés mais non interdits et qui sont soumis au régime très critiqué de la loi du 30 juin 1838⁽³⁰⁾. Il n'y a pas lieu, non plus, semble-t-il,

(28) Le C. Civ. allemand assimile le mineur émancipé au majeur et, par conséquent, le déclare pleinement capable (art. 3, 4 et 5).

(29) Dans certaines législations étrangères, la faiblesse d'esprit (*Geistesschwäche* par opposition à *Geisteskrankheit* = maladie mentale) et la prodigalité (*Verschwendung*) peuvent être des causes d'interdiction et donner ainsi ouverture à une tutelle. Il en est ainsi dans le C. Civ. allemand (art. 6, 1^o et 2^o) et dans le C. Civ. suisse (art. 369, al. 1, et 370).

(30) Les critiques se sont élevées du côté médical plutôt que du côté juridique. Un nombre impressionnant de thèses de médecine traite de la question de la *Réforme de la loi du 1^{er} juin 1838*. — V. notamment J. COLLART, doct. en droit, *Contribution à la réforme de la loi de 1838 ; des attributions dont on ne saurait charger les magistrats dans le fonctionnement de la loi sur les aliénés et de quelques-unes qui pourraient notamment leur être confiées*. Thèse de médecine Paris, 1914. — Un projet de réforme de cette loi est actuellement en discussion au Sénat. — V. sur le dernier état de la question, P. VOIRIN, *Notes parlementaires*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1931, p. 483 ; 1933, p. 281.

de prévoir d'autres cas de tutelle que ceux qui nous intéressent actuellement ⁽³¹⁾.

(31) Les Codes allemand (art. 6, 3°) et suisse (art. 370) font de l'état d'ivresse habituel une cause d'interdiction et soumettent l'ivrogne au régime tutélaire ; en France, il peut être pourvu d'un conseil judiciaire (Rouen, 18 janvier 1865, D. 65.2.226, S. 65.2.350). Le Code suisse prévoit encore d'autres cas de tutelle, notamment l'inconduite ou la mauvaise gestion (art. 370) et la condamnation pour un an ou plus à une peine privative de la liberté (art. 371). Citons encore la tutelle des femmes, *propter imbecillitatem sexu*, que l'on retrouvait encore à la fin du siècle dernier en Suède (E. LEHR, *Eléments de droit civil scandinave*, Paris, 1901). Cette tutelle a été supprimée par une loi du 5 juillet 1884 (*Annuaire de législation étrangère*, 1885, p. 646 et 647).

CHAPITRE DEUXIEME

Sens des réformes à envisager

Toute critique, si acerbe soit-elle, ne peut décemment se passer d'un quelconque compliment. Couvrir de fleurs l'adversaire, pour l'abattre plus facilement ensuite, telle semble être la tactique de tout réformateur de la loi. Cette méthode que d'aucuns taxeront d'hypocrisie, sera pour nous, cependant, l'expression exacte de notre sentiment, si toutefois on veut bien lui assigner, comme fin dernière, un sens moins radical : Conviction que le système du Code civil français, concernant la tutelle, part d'une idée juste, mais aussi sentiment très net que la réalisation de cette idée — l'organisation de la tutelle et son fonctionnement — est loin de répondre aux nécessités pratiques et au but qu'avait en vue le législateur et qu'elle exige donc des réformes plus ou moins importantes. Ce que nous voulons n'est donc pas jeter bas un édifice dont les fondations et la charpente sont excellentes, mais plutôt en remanier la distribution et y faire ce qu'on a convenu d'appeler de grosses réparations.

SECTION I

Le régime français de la tutelle et le droit comparé.

A ne considérer que l'influence exercée par le régime français de la tutelle sur les autres législations, il serait déjà permis d'en conclure que ce régime est loin d'être

dépourvu de réels avantages. Non seulement les législations de *tous* les pays latins l'ont reproduit plus ou moins fidèlement, mais presque tous les Codes étrangers qui organisent la protection du mineur et de l'aliéné sur une base différente de celle du droit français, empruntent néanmoins à ce dernier telle ou telle de ses institutions tutélaires qui tantôt complète les leurs nécessairement, tantôt fonctionne à titre facultatif. Bref, le système français a fait tache d'huile, et il n'est pas exagéré d'affirmer qu'il se retrouve dans les législations de la majorité des nations civilisées.

Nos voisins belges et luxembourgeois n'ont guère modifié cette partie du Code Napoléon qui les régit encore aujourd'hui ⁽¹⁾. Elle était restée sensiblement la même jusqu'au 1^{er} janvier 1900 dans les Pays Rhénans et en Alsace-Lorraine ⁽²⁾, date à laquelle elle fut remplacée, avec la mise en vigueur du Code civil allemand, par l'organisation tutélaire germanique (*Obrigkeittliche Vormundschaft*). Enfin, dans le canton de Genève, où notre Code était resté en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 1912, peu de changements avaient été apportés au titre de la tutelle ⁽³⁾.

(1) V. cependant loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, en ce qui concerne l'hypothèque légale du pupille, *infra*, dans notre troisième partie.

(2) V. pour le Grand-Duché de Bade, loi du 6 février 1879, rendant l'institution du conseil de famille facultative, et loi du 26 avril 1886, simplifiant les partages et aliénations de biens de mineurs ; pour l'Alsace-Lorraine, loi du 16 juin 1887, analogue à notre loi du 27 février 1880 sur les valeurs mobilières ; loi du 22 octobre 1873 concernant la surveillance et les frais d'administration des tutelles.

(3) Les lois suisses du 12 février 1870 et du 15 juin 1872 avaient simplifié la procédure des partages et aliénations de biens de mineurs, ainsi que l'acceptation des successions dévolues à des mineurs.

Vers le Sud, les idées françaises ont franchi les Alpes pour entrer dans le Code civil italien, promulgué le 25 juin 1865, et qui en est nettement inspiré ⁽⁴⁾ ; là encore, dans ses grandes lignes, la tutelle est organisée comme en France ⁽⁵⁾.

En Espagne aussi, le système français a prévalu ⁽⁶⁾ et ce fait sera pour nous, au cours de cette étude, d'un enseignement précieux. En effet, le Code civil espagnol, dont la promulgation ne remonte qu'au 24 juillet 1889, a aboli le régime antérieur de la tutelle, pour lui en substituer un autre, absolument différent, mais qui est, dans son principe, celui du droit civil français.

Citons encore, comme directement inspirées, sur la matière qui nous occupe, du Code français, les législations du Portugal, dont le Code civil date de 1867, de la Roumanie, et, par delà des mers, du Pérou, du Mexique, du Chili et du Canada ⁽⁷⁾.

Dans d'autres pays enfin, la législation organise la tutelle selon des règles qui présentent bien souvent des analogies avec les nôtres, sans toutefois qu'on puisse affirmer entre elles un lien de parenté. Il en est ainsi de la Hollande ⁽⁸⁾ et de la Hongrie ⁽⁹⁾.

Le Code civil allemand et le Code civil suisse font de la tutelle un régime bien différent du nôtre. N'em-

(4) HUC, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, 2^e édit., t. I, p. 10 et s.

(5) HUC, *op. cit.*, t. I, p. 105 *in fine*.

(6) DARTIGALONGUE H., *La tutelle des mineurs en droit espagnol*, thèse Toulouse, 1930, p. 76.

(7) R. DE LA GRASSERIE, *Etude critique sur la tutelle des mineurs en droit comparé*, 1912, Paris.

(8) C. Civ. néerlandais, art. 386 et suivants.

(9) Loi hongroise XX de 1877, *Annuaire de législation étrangère*, 1878, p. 234 et suiv.

pêche que l'un et l'autre ⁽¹⁰⁾ adoptent, à titre facultatif, l'institution française du Conseil de famille. Et le premier fait encore d'autres emprunts à notre législation, notamment en ce qui concerne le conseil spécial à la mère survivante ⁽¹¹⁾ et cette autre institution que nous avons nous-mêmes héritée du Digeste : le curateur au ventre ⁽¹²⁾.

Ailleurs, le régime français n'a pu pénétrer : ainsi, en Angleterre où la tutelle n'offre pas de ressemblance ni avec le droit français, ni avec le droit allemand, ni avec aucun droit des nations européennes ⁽¹³⁾ ; ainsi encore aux Etats-Unis, dont la mosaïque des législations a pour base le droit anglais lui-même ⁽¹⁴⁾ ; ainsi, enfin, dans la Russie des Soviets, dont les deux Codes civils, promulgués depuis la révolution, s'intitulent, par ironie sans doute, Codes de la Famille ⁽¹⁵⁾.

SECTION II

Critiques adressées à notre régime de tutelle.

Du rapide examen que nous venons de faire des législations étrangères, il serait permis de conclure qu'en définitive, notre régime a « quelque chose de bon ». C'est

⁽¹⁰⁾ C. Civ. allemand, art. 1858 à 1881, C. Civ. suisse, art. 362 à 366.

⁽¹¹⁾ C. Civ. allemand, art. 1687 et suiv.

⁽¹²⁾ C. Civ. allemand, art. 1912.

⁽¹³⁾ Cf. lettre de M. Westlake à M. Lehr du 22 août 1891, en note aux pages 107, 108 et 109 de l'*Annuaire de Droit International*, 1889-1892.

⁽¹⁴⁾ E. LEHR, *Etudes sur le droit civil des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, Paris, 1906.

⁽¹⁵⁾ *Les Codes de la Russie Soviétique*, traduction J. PATOUILLLET, I et III, Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, 1925 et 1929.

évident. Loin de nous cependant de prétendre qu'il n'ait de nombreux détracteurs, et que les reproches qu'on lui adresse soient tous injustifiés. Tout, ici-bas, est perfectible, encore que la perfection ne soit pas de ce monde et, si nous voulons bien ne pas faire la sourde oreille aux critiques, nous entrerons dans cette voie, en cherchant les améliorations qu'on peut apporter au régime français de la tutelle.

Et tout d'abord, on reproche à ce régime de n'être qu'une garantie illusoire pour le pupille. Garantie illusoire parce que rarement appliquée : on n'observe pas les règles légales. « Il ne faut donc point s'étonner. écrivent MM. PLANIOL et RIPERT ⁽¹⁶⁾, que plus de la moitié des tutelles semblent, en France, irrégulièrement constituées et que, dans celles dont la constitution est régulière, la gestion le soit rarement ».

Mais, dit-on encore, en admettant qu'elle soit organisée, les règles légales de la tutelle n'apportent pas au pupille toute la protection qui serait désirable. Il y a un manque de contrôle. Manque de contrôle, d'abord parce que le Conseil de famille n'est pas un corps permanent, qu'il n'est que très rarement convoqué et que « trop souvent nulle autorité ne vient contrôler la gestion omnipotente du tuteur » ⁽¹⁷⁾ ; manque de contrôle aussi par le fait même de la composition du Conseil de famille qui ne comprend, quelquefois, que « des personnes, parents, alliés ou amis, absolument incapables en affaires et qui pis est, indifférents, soucieux avant tout d'éviter

⁽¹⁶⁾ PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique*, t. I, n° 422.

⁽¹⁷⁾ COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^e édit., n° 528.

toute responsabilité, voire tout dérangement » ⁽¹⁸⁾ ; et cette critique s'aggrave lorsque l'on constate, en pratique, l'abus qui est fait de l'article 412 du Code civil, abus qui a été réprouvé par toute la doctrine, cet article permettant aux membres du Conseil de famille de se dispenser sans motif d'assister aux réunions du Conseil, pourvu qu'ils y délèguent à leur place un mandataire. Manque de contrôle encore, parce que la gestion du tuteur n'est pratiquement pas surveillée ; ce dernier, en effet, ne remet à peu près jamais les « états de situation » prévus par l'article 470 du Code civil ; le subrogé-tuteur, de son côté — par excès de timidité ou par indifférence — n'intervient jamais comme surveillant, et enfin, pour ce qui concerne le maniement des deniers et l'encaissement des capitaux, le tuteur jouit encore, malgré la loi du 27 février 1880, d'une trop grande liberté ⁽¹⁹⁾.

Les *motifs* du projet de Code civil allemand ⁽²⁰⁾ adressent à notre Conseil de famille plusieurs critiques : quant à sa constitution qui serait impossible s'il n'y avait sur place ni parents, ni alliés, ni amis quelconques, quant à l'opposition d'intérêts qui peut exister entre les membres et le mineur, quant à la collégialité même du Conseil de famille qui divise et supprime la responsabilité des membres ; toute cette institution enfin, disent-ils, est prodigue d'hommes, de temps et d'argent.

⁽¹⁸⁾ COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. I, n° 528.

⁽¹⁹⁾ A. MÉRARD, *Critique de la législation française en ce qui concerne la sauvegarde des intérêts des mineurs*, thèse Paris, 1902.

⁽²⁰⁾ *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, édit. officielle, Berlin, 1888, t. IV, p. 1018 et 1019.

On a également reproché à notre institution d'être d'un fonctionnement compliqué et onéreux. Notamment l'homologation des délibérations du Conseil, telle qu'elle a lieu en pratique, est bien superflue pour la protection de l'incapable, et, quant à cette protection elle-même, elle se retournera souvent contre le protégé, puisqu'elle sera pour lui, dans un grand nombre de cas, une nouvelle source de frais ⁽²¹⁾.

Enfin, l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit a été vivement critiquée. D'une part, en effet, elle ruine le crédit du tuteur, et, d'autre part, elle ne sert à rien et laisse le pupille sans garantie, lorsque le tuteur ne possède pas d'immeubles ⁽²²⁾.

SECTION III

Nécessité et urgence d'une réforme.

Tels sont les principaux griefs que l'on fait habituellement à notre institution tutélaire. Qu'ils ne contiennent une grande part de vérité, il n'en faut pas douter. Notre système de tutelle a des défauts qu'il importe de supprimer, et si nous posons comme principe *a priori*, avant d'en aborder l'étude au cours de cet ouvrage, la nécessité d'une réforme, c'est précisément que cette nécessité est, pour toute la doctrine, évidente.

Autre chose est d'affirmer l'urgence de la réforme. Depuis plus d'un siècle, en effet, notre Code est, sur ce point, d'une fixité qu'en d'autres circonstances le légis-

(21) SÉLIGMAN, *Quelles sont au point de vue juridique et au point de vue philosophique les réformes dont notre procédure civile est susceptible*, Reims, s. d., p. 336 et suiv.

(22) R. VALLET, *L'hypothèque du pupille dans la pratique et la réforme de la tutelle*, thèse Paris, 1913.

lateur n'a malheureusement pas observée, ne serait-ce qu'en matière de loyers. Et cependant, les intérêts à sauvegarder sont-ils moins dignes d'attention dans un cas que dans l'autre ? Il semble bien que non, et la protection de l'enfant devrait être le premier souci de ceux qui font les lois. Que l'on ait proclamé la nécessité d'une réforme ici, rien ne saurait retarder bien longtemps la réalisation de cette réforme.

Mais l'urgence de cette dernière se fait sentir bien davantage à un autre point de vue : dans les départements recouvrés du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, la tutelle est organisée sur d'autres bases qu'elle ne l'est dans le reste de la France. C'est la tutelle d'Etat (*Obrigkeittliche Vormundschaft*) de l'ancien Code civil allemand qui y fonctionne encore et qui y a été maintenue par la loi du 1^{er} juin 1924, pourtant appelée *loi mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle* ⁽²³⁾. Or, si ces départements ont gardé un régime local, c'est que l'on jugeait, avec raison semble-t-il, que le fait de remplacer ce régime *ex abrupto* par celui du droit français aurait présenté de graves inconvénients, surtout celui de substituer, à une institution assez pratique, une autre fonctionnant notoirement plus mal. Et, pour permettre d'élaborer l'adaptation de l'une à l'autre en même temps que l'unification du droit, le législateur de 1924 s'est accordé à lui-même un délai de dix années ⁽²⁴⁾. En effet, « il ne fallait pas priver les popula-

⁽²³⁾ F. SCHNEPP, *La protection des incapables après l'introduction des lois civiles françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*, thèse Strasbourg, 1926.

⁽²⁴⁾ Loi du 1^{er} juin 1924, art. 14.

tions des départements recouvrés du progrès que leur avait fait réaliser en certaines matières la législation allemande », et, d'autre part, ce délai était nécessaire « en attendant que la législation française ait réalisé certains progrès attendus » ⁽²⁵⁾. C'est donc de la législation de la métropole que sont attendus ces progrès ; or, nous voici bien près de la fin du terme, sans qu'on ait fait quoi que ce soit pour améliorer notre droit de la tutelle : le 31 décembre 1934 doit normalement marquer la fin du régime d'exception qui subsiste actuellement dans nos départements recouvrés. Et alors, si l'on ne veut pas, au plus tôt, songer à une réforme sérieuse, il reste deux solutions, aussi mauvaises l'une que l'autre : ou bien étendre aux trois départements recouvrés notre système tutélaire avec toutes ses imperfections (dans ce cas les dix années n'auraient été pour eux qu'un délai de grâce) ; ou bien proroger ce délai, et il n'y a pas de raison que la diversité interprovinciale des législations ⁽²⁶⁾ prenne un jour fin.

SECTION IV

Plan de l'ouvrage.

Nous étudierons les réformes dont est susceptible notre régime tutélaire en nous plaçant successivement aux moments de l'ouverture de la tutelle, de son organisation, de son fonctionnement et enfin de sa cessation.

(25) J. HAMEL, *Notes Parlementaires*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1924, p. 1080 et 1084.

(26) Cf. J. DEMEY, *Revue des principales difficultés pratiques du conflit de la loi française et de la loi locale d'Alsace et de Lorraine*, dans *Journal des Notaires et des Avocats*, 1929, p. 5 et suiv., p. 577 et suiv.

Notre étude tendra donc à préparer la modification, non seulement de la partie du Code civil concernant la tutelle, mais encore de nombreux articles du Code de procédure civile. Enfin, dans une conclusion, nous examinerons les raisons qui, au cours des chapitres précédents, nous auront fait préférer la tutelle familiale à la tutelle d'Etat, et, dans un appendice, nous présenterons l'esquisse d'un projet de loi sur la matière. Notre étude se trouvera donc tout naturellement divisée de la façon suivante :

Première partie : Ouverture de la tutelle.

Deuxième partie : Organisation de la tutelle.

Troisième partie : Fonctionnement de la tutelle.

Quatrième partie : Fin de la tutelle.

Conclusion : Etat ou Famille ?

Appendice : Projet de loi.

On pourrait nous reprocher de n'avoir point fait figurer le droit comparé dans une partie spéciale et de l'avoir réparti, au contraire, sur l'ensemble de cette étude, en le morcelant à l'infini par des citations ou des exemples à propos de tel ou tel point particulier. Il eût été préférable, dira-t-on, de présenter, sur la question qui nous intéresse, quelques législations-types, comme le droit suisse ou le droit allemand, afin d'avoir une idée d'ensemble de leur conception de la tutelle. A cela nous répondrons que cette méthode se présenterait, non seulement comme une solution de continuité, mais serait encore inutile, puisque, en définitive, notre but n'est pas de proposer une réforme qui changerait la base même de la tutelle, mais des améliorations plus ou

moins importantes dans son organisation et dans son fonctionnement.

Mais pourquoi, pourrait-on objecter, avoir précisément adopté un plan qui semble, au premier abord, manquer de méthode ? Après l'ouverture, l'organisation et le fonctionnement de la tutelle, et dans la conclusion seulement, on pose le problème de la base de la tutelle, qui aurait dû précéder tout ! C'est donc partir d'une idée préconçue puisque dès l'introduction on annonce que c'est la tutelle familiale qui a nos préférences — par le fait que nous ne voulons pas détruire l'édifice du Code — et que tout le reste ne sert, en somme, que de développement à cette idée. Mais le moyen de faire autrement ? Nous tournons dans un cercle vicieux : se prononcer pour ou contre l'exclusion de la famille en matière de protection de la minorité, n'est pas une question de principe, disent précisément les partisans de la tutelle d'Etat ⁽²⁷⁾ ; et alors, nécessairement, il nous fallait voir d'abord comment sont organisés, et, surtout, comment fonctionnent l'un et l'autre systèmes. Et si, auparavant, nous avons annoncé le sens des réformes en préjugéant ainsi de la conclusion, c'est qu'à notre avis (c'est-à-dire l'avis d'un Alsacien-Lorrain qui a pu, sur place, apprécier les mérites des deux systèmes), l'un et l'autre peuvent, très souvent, présenter, au point de vue pratique, les mêmes avantages, et qu'il fallait, dès le début, écarter toute indécision fâcheuse.

(27) « ... *Der Familienrat sei ideal gedacht, habe aber zu seiner gedeihlichen Wirksamkeit Voraussetzungen, die sich im Leben nicht fänden* ». (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, édit. officielle, Berlin, 1897, t. IV, p. 837, *Schlussabstimmung*).

PREMIERE PARTIE

OUVERTURE DE LA TUTELLE

CHAPITRE I. — *La tutelle des mineurs enfants légitimes ne devrait s'ouvrir que lors du décès du survivant des père et mère ou après leur double déchéance.*

CHAPITRE II. — *Qu'y aurait-il lieu de prévoir lors du décès ou de la déchéance de l'un des parents ?*

CHAPITRE III. — *Quid au cas de remariage du survivant des père et mère ?*

CHAPITRE IV. — *L'ouverture de la tutelle devrait, dans tous les cas, entraîner son organisation.*

PREMIERE PARTIE

OUVERTURE DE LA TUTELLE

CHAPITRE PREMIER

La tutelle des mineurs enfants légitimes ne devrait s'ouvrir qu'au décès du survivant des père et mère ou à leur double déchéance

Actuellement, en France, la tutelle s'ouvre dans les cas suivants :

1° Pour les mineurs légitimes, lors du décès ⁽¹⁾ ou de la déchéance ⁽²⁾ de l'un des parents.

2° Pour les enfants naturels, dès leur naissance ⁽³⁾.

3° Pour les majeurs, dès le jugement d'interdiction ⁽⁴⁾.

En ce qui concerne les deux dernières catégories — interdits et enfants naturels — aucune objection grave

(1) Art. 390 C. civ.

(2) Loi du 24 juillet 1889, art. 9, 10, 11. — Toutefois, la déchéance prononcée contre le père n'entraîne pas ouverture de la tutelle, lorsque le Tribunal décide de transférer à la mère l'exercice de la puissance paternelle ; d'autre part, la déchéance prononcée contre la mère ne donne lieu à tutelle que si à ce moment elle avait l'exercice de la puissance paternelle.

(3) Loi du 2 juillet 1907 modifiant l'art. 389 C. civ.

(4) Art. 502 C. civ.

ne peut, semble-t-il, s'élever à ce sujet. A peu près toutes les législations étrangères soumettent l'interdit à la tutelle dès le jugement d'interdiction, et la plupart de ces législations adoptent quant à l'enfant naturel, même reconnu, pareille solution que la nôtre. Ainsi, le Code civil allemand, qui décide cependant que « l'enfant naturel a, vis-à-vis de la mère et des parents de la mère, la condition légale d'un enfant légitime » ⁽⁵⁾, déclare que la mère n'a pas la puissance paternelle sur cet enfant : elle peut en être nommée tutrice ⁽⁶⁾. C'est également à la tutelle et non pas à la puissance paternelle qu'est soumis l'enfant naturel, même reconnu, d'après le Code italien ⁽⁷⁾. Par contre, en Suisse, l'autorité tutélaire peut conférer la puissance paternelle sur les enfants naturels au père et à la mère, et, au cas où la puissance paternelle est ainsi conférée — mais dans ce cas seulement — la tutelle ne s'ouvre pas ⁽⁸⁾.

Quant aux enfants légitimes on remarquera qu'il n'y a pas lieu à tutelle, lorsque le divorce est prononcé entre les parents ou que l'un de ceux-ci est absent ou interdit. Cette solution n'est peut-être pas très logique ⁽⁹⁾, mais ne soulève, au point de vue pratique, aucune difficulté sérieuse.

Reste la question des enfants légitimes dont la tu-

(5) C. civ. allem., art. 1705.

(6) C. civ. allem., art. 1707 et 1773.

(7) C. civ. ital., art. 184.

(8) C. civ. suisse, art. 324, al. 3, 325, al. 3, et 368, al. 1.

(9) Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n^{os} 370 et 417. — V. cependant BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. II, n^o 775, qui admet que la déclaration d'absence de l'un des parents donne ouverture de la tutelle.

telle s'ouvre au décès ⁽¹⁰⁾ de l'un des parents et cette question retiendra toute notre attention, car la solution que lui donne le Code civil français est, à notre avis, très criticable. Pourquoi, en effet, la tutelle s'ouvrirait-elle, alors que le père ou la mère est encore en vie et exerce la puissance paternelle ? Non seulement cela n'est pas nécessaire, mais cette coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle produit des conséquences des plus fâcheuses.

A Rome, ces deux institutions s'excluaient l'une l'autre, et la tutelle ne s'ouvrait qu'à défaut de *patria potestas* ⁽¹¹⁾, c'est-à-dire lorsque l'impubère devenait *sui juris*. Il en était de même dans les pays de droit écrit de l'ancienne France. Là, comme à Rome, d'ailleurs, la puissance paternelle ne pouvait appartenir qu'au père, jamais à la mère ; mais une fois cette puissance éteinte, alors seulement la tutelle prenait naissance.

Dans les pays de coutumes, par contre, la puissance paternelle appartenait au père ou, à son défaut, à la mère ⁽¹²⁾. Au début, le décès de la mère ne donnait jamais lieu à tutelle. Seul le décès du père suscitait quelques difficultés, surtout lorsque sa succession comportait des fiefs, car alors ni le mineur ni sa mère ne pouvaient rendre les services d'ost et de cour. Aussi, le suzerain reprenait-il le fief « en sa main » par le moyen du « bail seigneurial » ⁽¹³⁾, ce qui lui donnait en même temps, le

⁽¹⁰⁾ Ou lors de la déchéance de la puissance paternelle, dans les conditions indiquées, *supra*, p. 27, note 2.

⁽¹¹⁾ GIRARD, *op. cit.*, p. 220. — ACCARIAS, *op. cit.*, t. I, p. 263.

⁽¹²⁾ BEAUMANOIR, *loc. cit.*, n° 631. — CHÉNON, *op. cit.*, t. II, p. 130.

⁽¹³⁾ *Supra*. p. 6.

droit et le devoir de s'occuper de la personne du mineur et de son éducation.

Dès le XIII^e siècle, le bail seigneurial tombe en désuétude et est remplacé par le *bail féodal* ou familial attribué à la mère survivante et qui, peu à peu, tend à se rapprocher de la garde roturière. Finalement, quand il n'y a ni bail ni garde, la *tutelle* est déférée au conjoint survivant ⁽¹⁴⁾. Bien que cette dernière diffère sensiblement du bail ou de la garde, on peut dire qu'en général c'est un régime tutélaire qui est constitué s'il y a des enfants mineurs lors du décès de l'un des parents ⁽¹⁵⁾.

L'article 390 du Code civil suit le même principe, sans qu'ait été soulevée, au moment des travaux préparatoires, quelque objection à ce sujet. Bien plus discutée a été la question de savoir si, dans le cas présent, la tutelle devait être légale ou dative, et si, étant légale, elle pouvait être déférée à la mère au même titre qu'au père ⁽¹⁶⁾. Mais la nécessité de son organisation en cas de survie du père ou de la mère n'a pas été mise en doute. C'est, bien plutôt, à l'organiser tant que dure le mariage qu'on aurait pu songer alors ; Berlier, dans l'exposé des motifs au corps législatif, croit utile de souligner que la tutelle ne peut commencer qu'à la dissolution du mariage ; « tout mineur n'est pas nécessairement en tutelle, celui dont les père et mère sont vivants trouve en

⁽¹⁴⁾ CHÉNON, *ibid.*, t. II, p. 135-138.

⁽¹⁵⁾ Cependant — différence importante — la garde qui était le régime normal en cas de décès du père ou de la mère, méconnaissait les avis de parents. — M. GROISNE, *Du rôle et des fonctions du conseil de famille, étude d'histoire et de droit comparé*, thèse Paris, 1901, p. 102.

⁽¹⁶⁾ LOCRÉ, *La législation civile de la France*, Paris, 1827, t. VII, p. 98, 149 et s., 167 et s., 234 et s., 251 et s. et 274.

eux des protecteurs naturels et s'il a quelques biens personnels, l'administration en appartient à son père » (17).

Or, les législations étrangères n'ont, en général, pas suivi notre solution sur ce point. On ne peut guère citer que le code hollandais qui admette que la tutelle s'ouvre au décès de l'un des parents (18). D'autre part le droit anglais (19) et le droit scandinave (20) soumettent le mineur à un régime tutélaire dès sa naissance, qu'il ait encore ou non ses père et mère.

Tel n'est pas, avons-nous dit, le principe adopté par la plupart des législations étrangères. En effet, les Codes postérieurs en date au nôtre estiment que la tutelle est inutile tant que survit la puissance paternelle et se prononcent contre la coexistence de ces deux institutions.

Citons d'abord l'article 241 du Code civil italien qui n'ouvre la tutelle que lorsque les père et mère sont tous deux décédés. A ce propos un auteur transalpin (21) écrit : « Il n'est pas possible de faire dépendre l'autorité paternelle du maintien du mariage, d'admettre que par la mort de la femme le père soit déchu du rôle de chef de la famille, réduit à la condition d'un tuteur ordinaire

(17) LOCRÉ, *ibid.*, p. 234.

(18) R. DE LA GRASSERIE, *op. cit.*, p. 68.

(19) V. FÈRE, *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*, thèse Paris, 1923, p. 9.

(20) Voir : a) pour la Suède, loi du 27 juin 1924 et commentaire de M. W. UPPSTRÖM, dans *Ann. lég. étr.*, 1925, p. 434 et s. ; b) pour la Norvège, loi du 22 avril 1927, n° 3, et commentaire de M. FREDE CASTBERG, dans *Ann. lég. étr.*, 1928, p. 432 et s. ; c) pour le Danemark, loi n° 277 du 30 juin 1922 et commentaire de M. ER-LAND TYBJERG, dans *Ann. lég. étr.*, 1923, p. 226 et 227.

(21) BUNIVA, *Studii Sovra il libro primo*, etc. Turin, 1862, p. 141, 143. — HUC, *Le Code civil italien*, etc., *op. cit.*, p. 100.

soumis comme tel à fournir des garanties qu'on ne devait pas exiger de lui. Une pareille situation ne peut que nuire aux intérêts moraux de la famille. » C'est, en somme, l'idée de la *patria potestas* romaine que reprend cet auteur pour s'opposer au système des *pères tuteurs*. Mais le législateur italien a été plus loin en ce sens qu'il attribue la puissance paternelle à la mère survivante. En cette matière, la surveillance d'un conseil de famille semblait au rapporteur de la commission sénatoriale « un relâchement de tous les liens de famille » ⁽²²⁾. Bref, peu importe que le prédécédé soit le père ou la mère, le survivant des conjoints a la puissance paternelle sur ses enfants mineurs et la tutelle n'intervient pas.

Il en est de même en Espagne où la puissance paternelle appartient au père et, à son défaut, à la mère (*el padre y en su defecto la madre*) ⁽²³⁾ et, la tutelle n'est organisée que pour ceux qui ne sont pas soumis à la puissance paternelle ⁽²⁴⁾.

L'Allemagne et la Suisse ont adopté la même solution également ⁽²⁵⁾ et cette dernière a été maintenue dans nos départements recouverts après l'introduction de la législation civile française ⁽²⁶⁾.

Il y a lieu de noter que F. Laurent, dans son *Avant-projet de révision du Code Civil*, (art. 385) proposait,

⁽²²⁾ S. GIANZANA, cité par M. GASTAMBIDE, *L'enfant devant la famille et l'Etat*, thèse Paris, 1902, p. 301.

⁽²³⁾ C. civ. espagnol, art. 154.

⁽²⁴⁾ C. civ. espagnol, art. 199.

⁽²⁵⁾ C. civ. allem., art. 1684 et 1773 combinés. — C. civ. suisse, art. 274 et 368, al. 1, combinés.

⁽²⁶⁾ Loi du 1^{er} juin 1924, art. 20, al. 1, renvoyant à l'art. 1773 du C. civ. local.

lui aussi, de n'ouvrir la tutelle qu'au décès du survivant des père et mère ⁽²⁷⁾.

L'exemple du droit comparé sur ce point suffirait, peut être à nous convaincre qu'avec notre article 390 nous ne nous sommes pas engagés dans la bonne voie.

Cependant, Th. Huc, commentant cet article écrit : « La première question que le législateur a eu à résoudre, en cette manière, a été celle de savoir si l'administration légale... devait, dans l'intérêt de l'enfant, prendre fin à la dissolution du mariage arrivée par le décès de l'un des époux, et être remplacée par le régime plus compliqué de la tutelle. Il a paru que le survivant n'étant plus protégé lui-même contre certains entraînements par la présence de son conjoint, il était prudent d'accorder au mineur la garantie du régime de la tutelle... Il est permis de penser que les rédacteurs du Code civil ont véritablement trouvé le point milieu auquel il convenait de s'arrêter pour concilier les prérogatives nécessaires du chef de famille, avec les garanties non moins nécessaires, qui sont dues à l'enfant » ⁽²⁸⁾.

D'autre part, MM. Planiol et Ripert n'attachent pas une grande importance à la question : « La vérité est que la puissance paternelle des temps modernes n'est elle-même que le pouvoir tutélaire attribué en première ligne aux parents (*elterliche Gewalt*) et que son organisation ne doit différer de celle de la tutelle que par des

⁽²⁷⁾ F. LAURENT, *Avant-projet*, etc..., Bruxelles, 1883, t. II, p. 218 et s. (article 385 de l'avant-projet).

⁽²⁸⁾ Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1892, t. III, n^{os} 258 et 259.

nuances, plus fortes toutefois que celles qui existent entre les diverses sortes de tutelles » ⁽²⁹⁾.

Or, cette opinion n'est exacte que quand il s'agit de la *alterliche Gewalt*, c'est-à-dire de la puissance paternelle dans les pays qui ignorent la tutelle familiale. Dans ces pays, évidemment, qu'il s'agisse d'organiser la protection de l'enfant après le décès de l'un des parents ou après la disparition de tous les deux, le contrôle reste toujours aux mains de l'Etat représenté par l'autorité judiciaire ou par l'autorité communale, et ce contrôle n'offre alors que des différences de degré dans un cas et dans l'autre.

Mais ces différences sont, sur ce point, beaucoup plus accentuées et très nettement marquées si l'on considère les législations qui, à l'exemple de notre Code, ont fait intervenir la famille dans l'organisation tutélaire : ainsi les Codes italien et espagnol. C'est une différence radicale que nous voyons là entre la puissance paternelle et la tutelle ⁽³⁰⁾.

La *Société d'Etudes législatives* a examiné récemment les réformes à apporter à notre régime de la tutelle et a nommé une commission à cet effet ⁽³¹⁾. Mais cette commission n'a pas voulu supprimer la cause d'ouverture prévue par l'article 390, bien que son rapporteur

⁽²⁹⁾ PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e édit., t. I, n^o 1756 (note).

⁽³⁰⁾ Cf. *infra*, p. 37, 38.

⁽³¹⁾ Commission de « La Tutelle ». Membres de la Commission : M. le Bâtonnier Mennesson, président ; M. André Prud'homme, notaire à Paris, rapporteur ; MM. Bertin, Capitant, Pol Chevalier, Frémaux, Gaudemet, Gruffy, Guibourg, Georges Lemelle, Edouard Lévy, Milhaud, Schuman, député de la Moselle ; M^{lle} E. Dalligny, secrétaire. — *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1931, p. 167 et suiv.

ait déclaré qu' « il est très naturel de penser que le père ou la mère survivant conserve sur son enfant des pouvoirs plus importants qu'un tuteur étranger et que notre droit a tort de frapper le veuf ou la veuve d'une suspicion imméritée » ⁽³²⁾.

Ce n'est pas seulement une question de principes qui nous pousse à proposer la réforme de l'article 390, mais, à notre avis, cet article a, dans la pratique, des conséquences fâcheuses. Le pouvoir de haute-tutelle, avons-nous dit, est, chez nous, confié aux mains de la famille. Le décès de l'un des parents entraîne donc normalement la constitution d'un conseil de famille, qui, selon l'article 407 du Code civil, sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés. Or, si l'intrusion de l'Etat dans la famille est souvent funeste, ici l'intervention de la famille elle-même à côté du conjoint survivant est encore moins désirable. On peut, certes, prétendre que l'autorité de ce dernier sera diminuée si on le place sous le contrôle de l'Etat, mais elle le sera probablement davantage si ce contrôle est confié à quelque vagues parents ou alliés. Car il ne faut pas s'y tromper : ou bien le conseil de famille sera régulièrement composé des trois plus proches parents ou alliés ou du côté paternel et de trois autres du côté maternel, et c'est alors, bien souvent, une source de chicanes et de conflits entre le *tuteur naturel et légal* et tel ou tel membre du Conseil de famille — surtout s'il est de l'autre ligne — auquel on reprochera de se mêler de ce qui ne le regarde pas. Ou bien — sans qu'il y ait véritablement fraude — on

(32) *Bull. ét. législ.*, 1931, p. 173.

aura composé le Conseil de telle façon que, dans la ligne à laquelle n'appartient pas le tuteur, il n'y aura que des personnes qualifiées amis du défunt, et l'on sait que les liens d'amitié ne peuvent se prouver comme ceux résultant de la parenté ou de l'alliance. Très souvent, leurs relations d'amitié auront existé plutôt avec le survivant qu'avec le défunt.

De nos jours, le cercle de la famille tend à se restreindre de plus en plus⁽³³⁾ et quand un Conseil de famille est constitué, du vivant de l'un des parents du mineur, les membres ont plutôt l'impression de représenter chacun un cercle familial qui vient s'immiscer dans les affaires d'un autre cercle familial. Mais, lorsque le dernier protecteur naturel de l'enfant a disparu, alors les liens de la parenté se resserrent : on peut dire qu'à ce moment, la « plus grande famille » prend conscience de son existence et de ses devoirs, car, entre elle et l'enfant, a disparu l'obstacle qui la tenait à l'écart et qui devait logiquement exclure toute intervention de sa part.

(33) Telle est la tendance que reflète nettement le droit successoral. — Cf. P. VOIRIN, *La famille et l'héritage*, dans *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Paris, Sirey, 1930, p. 153 à 155. « La loi du 31 décembre 1917 a, en principe, ramené au 6^e degré la limite extrême de la successibilité en ligne collatérale. Et « peut-être n'est-ce pas le terme de l'évolution, car de même que « la loi fiscale avait sur ce point anticipé sur la loi civile, de « même aujourd'hui elle la devance en assimilant à des étrangers « les parents au delà du 4^e degré » (p. 155).

CHAPITRE DEUXIEME

Qu'y aurait-il lieu de prévoir lors du décès ou de la déchéance de l'un des parents ?

Si l'on écarte, en cas de décès de l'un des parents, l'institution de la tutelle, encore faudrait-il prévoir, en faveur du mineur, un régime de contrôle plus ou moins sévère concernant la gestion du survivant. On ne saurait maintenir purement et simplement le régime actuel de l'administration légale parce qu'encore trop peu réglementé, malgré la loi du 6 avril 1910, et parce que le décès du père ou de la mère fait disparaître le contrôle mutuel qu'exercent les parents sur la gestion en même temps qu'il fait acquérir des biens à l'enfant. Par ailleurs, nous avons vu que le contrôle ne pouvait être remis aux mains des parents et alliés, car on aboutit alors à l'opposition famille contre famille. Qui doit donc en être investi ? Que les législations allemande et suisse confient ce rôle à l'Etat, nous le trouvons assez naturel, puisque les pouvoirs de haute-tutelle sont, dans les pays qu'elles régissent, également confiés à l'Autorité.

L'exemple donné par les Codes italien et espagnol sera, au contraire, plus significatif. Ceux-ci font bien intervenir les parents et alliés en matière de tutelle : ils les laissent de côté tant que subsiste la puissance

paternelle et cette dernière est alors complétée ou contrôlée, pour les actes les plus graves, par l'Etat ⁽¹⁾. L'Etat sera, en cette matière, représenté par le prêteur en Italie ou par le juge municipal en Espagne, qui tous deux correspondent au juge de paix en France ⁽²⁾.

On ne saurait objecter que ce changement de contrôle — Etat, puis famille — est inconcevable chez nous, car c'est une idée qui a déjà été réalisée en France, quand on a cherché pour l'administration légale un équivalent de la haute tutelle. Et, en définitive, en écartant la tutelle en cas de décès de l'un des parents, on maintient la puissance paternelle, dont le complément normal (quoique non nécessaire) est l'administration légale, et c'est celle-ci qu'il s'agit d'organiser ou de compléter.

Or, sous l'empire de l'article 389 primitif, à moins de reconnaître au père administrateur légal des pouvoirs quasi-omnipotents ⁽³⁾, il restait deux solutions : ou bien faire intervenir le Conseil de famille, dont l'autorisation aurait été nécessaire pour la passation de certains actes, ou bien soumettre ces actes à l'autorisation du Tribunal.

La première solution, qu'avaient adoptée quelques auteurs ⁽⁴⁾ ne fut jamais admise en jurisprudence ⁽⁵⁾ et fut repoussée par la majorité de la doctrine.

(1) C. civ. ital., art. 224 et 225 ; C. civ. espagnol, art. 159 à 166.

(2) HUC, *Le Code civil italien*, etc., p. 100. — DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 78.

(3) C'était peut-être la seule manière rationnelle d'interpréter cet article. — Cf. A. WAGNER, *L'administration légale des biens des mineurs*, dans *Revue trim.*, 1902, p. 798.

(4) V. notamment AUBRY et RAY, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. I, p. 776, note 8.

(5) Cass., 3 juin 1867, D. 68.1.27, S. 67.1.273.

Au contraire, on admit, de bonne heure, qu'il fallait écarter ici l'intervention du Conseil de famille, et que seul le Tribunal de première instance donnerait au père administrateur légal l'autorisation d'accomplir les actes qu'un tuteur ne peut faire sans cette autorisation⁽⁶⁾. C'est cette deuxième solution qui a été consacrée par la loi du 6 avril 1910 modifiant l'article 389 du Code civil.

Il ne nous reste donc qu'à étendre ce régime de l'administration légale au cas de décès de l'un des parents, mais en donnant notamment à l'alinéa 6 de l'article 389⁽⁷⁾ une rédaction moins empirique⁽⁸⁾, et en accordant au mineur des garanties supplémentaires.

Mais d'abord, y a-t-il lieu de maintenir le Tribunal de première instance comme autorité de contrôle, ou ne doit-on pas plutôt confier ce rôle au juge de paix ? Nous préfererions cette dernière solution, bien qu'assez souvent on ait parlé d'incapacité ou d'inaptitude des juges de paix, même en matière de tutelle⁽⁹⁾, mais, pour plusieurs raisons, nous inclinerions à donner ce pouvoir de contrôle au magistrat cantonal :

a) Depuis quelques années, le reproche précité ne peut plus être adressé aux juges de paix. L'article 1^{er} du décret du 5 novembre 1926 a, en effet, décidé que « nul

(6) Le tuteur ne s'adresse presque jamais au Tribunal pour obtenir une *autorisation*, mais il requiert en général une *homologation* qui approuve une autorisation préalablement donnée (par le conseil de famille). Il faut donc comprendre l'homologation sous cette notion d'autorisation.

(7) « Il (l'administrateur légal) accomplit seul les actes que le « tuteur peut faire seul ou autorisé par le conseil de famille, et, « avec l'autorisation du Tribunal statuant comme il vient d'être « dit, les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autori-
« sation. »

(8) PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n^{os} 1707 et 1714.

(9) R. VALLET, *op. cit.*, p. 162, 163.

ne pourra être nommé juge de paix, s'il n'est licencié en droit et s'il ne justifie d'un stage de deux ans au moins... En outre, tout postulant devra satisfaire à un examen professionnel... ». Dans ces conditions, on peut affirmer que nos juges de paix ont une formation juridique et professionnelle au moins aussi étendue que celle des juges de tutelle allemands.

b) Certains partisans de la tutelle d'Etat en France ont, dès avant 1926, proposé que le juge de paix remplisse seul, même au cas de décès des deux parents, les fonctions actuellement dévolues au Conseil de famille ⁽¹⁰⁾.

c) Le magistrat cantonal serait, dès maintenant, à même de connaître des affaires qui lui sont soumises avant de donner une autorisation, bien plus que le Tribunal d'arrondissement, qui se trouve davantage éloigné des intéressés et des faits, et qui, actuellement, ne dispose d'aucun agent d'information sur place.

d) Enfin, ce serait compliquer les choses que de confier le contrôle de l'administration légale au Tribunal de première instance, tout en écartant le juge de paix, puis de faire intervenir ce dernier en matière de tutelle.

En principe donc, selon nous, le Tribunal d'arrondissement n'aurait plus aucune autorisation à donner pendant la durée de l'administration légale, mais son rôle actuel en la matière serait — en le renforçant notablement — confié au magistrat cantonal.

C'est le juge de paix qui prendrait en dépôt l'inventaire (ou une expédition de l'inventaire, s'il est fait dans

(10) V. notamment P. CHAVEGRIN, *De la protection de la fortune mobilière des mineurs en droit comparé*, thèse Paris, 1907, p. 198.

la forme notariée), l'examinerait, et le ferait, au besoin, compléter, rectifier ou recommencer ⁽¹¹⁾. Le juge de paix serait d'ailleurs prévenu des cas où il devrait exiger cet inventaire, comme il sera dit plus loin.

L'article 470 du Code civil n'impose pas aux père ou mère survivants l'obligation de fournir les *états de situation* annuels ⁽¹²⁾ qu'il exige, en principe, des autres tuteurs. Peut-on critiquer cette faveur ? Il semble que non, et nous ne pensons pas que, sauf dans les cas graves, on puisse demander au père ou à la mère de fournir des comptes. Ces cas graves seraient ceux qui, en quelque sorte, approchent des causes de déchéance de la puissance paternelle, et c'est alors le Tribunal de première instance qui déciderait si, en définitive, le détenteur de la puissance paternelle peut être contraint de remettre des états de situation au juge de paix ⁽¹³⁾.

Lors du décès du père ou de la mère, le survivant serait donc tenu de dresser inventaire et de le remettre au juge de paix. Ce serait le seul acte vraiment important que nous voudrions ajouter au système de garan-

⁽¹¹⁾ Cf. C. civ. allem., art. 1640, al. 2.

⁽¹²⁾ V. toutefois, pour la mère remariée et maintenue dans la tutelle, Cass., 5 mai 1856, D. 56.1.241, S. 56.1.793.

⁽¹³⁾ Cette mesure serait à rapprocher de celle par laquelle le nouvel article 2, 6°, de la loi du 24 juillet 1889 prévoit la déchéance de tout ou partie des droits de puissance paternelle des parents à l'égard de l'un ou de quelques-uns de leurs enfants : « ... 6° En dehors de toute condamnation, les père et mère qui compromettent par des mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou par un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ou de l'un ou de plusieurs de ces derniers ». Mais cet alinéa ne concerne que les cas où l'enfant se trouve atteint dans sa personne. Il faudrait une réglementation analogue au cas où le patrimoine de l'enfant est compromis gravement par le père ou par la mère sous le régime de l'administration légale.

ties prévu par la loi du 6 avril 1910 sur l'administration légale. En principe, nous soumettrions à l'autorisation du juge de paix les actes qui, selon l'alinéa 6 de l'article 389, nécessitent l'autorisation du Tribunal de première instance, et, dans la nouvelle rédaction, il y aurait lieu de faire une énumération de ces actes. A cette liste, on pourrait ajouter l'encaissement des capitaux qui est, peut-être, l'acte de plus grave par ses conséquences, et qui, chez nous, même en matière de tutelle, n'est à peu près pas réglementé. La loi du 27 février 1880 a laissé presque intacte la liberté du tuteur en cette matière. Mais on pourrait aussi *supprimer* l'encaissement en rendant le tiers responsable de l'emploi. C'est une question que nous retrouverons en matière de tutelle.

D'un autre côté, dans le système que nous proposons, le juge de paix n'aurait pas à s'occuper de la personne du mineur. C'est là une question qui doit lui rester complètement étrangère et qui, sauf le cas de déchéance de la puissance paternelle, ne regarde que le père ou la mère.

Voilà, dans ses grandes lignes, le régime que nous préférierions voir à la place de la tutelle, lorsque vit encore l'un des parents. Comme le dit LAURENT, dans les motifs de son avant-projet de revision, « ce système est plus juridique tout ensemble et plus simple » ⁽¹⁴⁾.

Que nous ayons étudié ce régime dans ses applications au cas de décès de l'un des parents, c'est assez normal, puisqu'il devrait ici, à notre avis, remplacer la tutelle — dont nous étudions les réformes possibles — et

(14) LAURENT, *Avant-projet*, t. II, p. 218.

qu'en supprimant une institution protectrice de la minorité dans ce cas particulier, il fallait bien en prévoir une autre à sa place.

Mais, bien entendu, ce régime ne formerait pas, entre l'administration légale et la tutelle, quelque chose d'intermédiaire. Ce serait, après la mort du père ou de la mère, le même régime, c'est-à-dire l'administration légale, qui continuerait à fonctionner selon les mêmes principes qu'auparavant. Un inventaire à remettre au juge de paix deviendrait nécessaire dans tous les cas où un patrimoine aurait échü au mineur. Or, la première fois qu'un mineur acquiert une fortune quelconque, n'est-ce pas, dans 99 cas sur 100, lors du décès de son père ou de sa mère ?

Que, d'autre part, le régime de l'administration légale doive céder le pas à celui de la tutelle, s'il y a déchéance de la puissance paternelle, dans certains cas, très rares, où les tribunaux estimeront que la puissance paternelle ne doit pas être conservée à l'époux non déchu, nous n'y voyons pas d'inconvénients. Les articles 9, 10 et 11 de la loi du 24 juillet 1889, tels quels, peuvent très bien s'accorder avec le système que nous proposons.

APPENDICE

En terminant ce chapitre, disons qu'on peut encore prévoir d'autres causes de cessation de l'administration légale, notamment dans le cas de faillite de l'administrateur : l'article 1647 du Code civil allemand décide que ce cas met fin, nécessairement, à l'administration légale du père. Nous ne pensons pas que l'état de faillite du père implique forcément, de sa part, une mauvaise ges-

tion des affaires du mineur. Aussi n'en ferions-nous pas une cause d'ouverture de la tutelle ⁽¹⁵⁾.

Par contre, celle-ci s'ouvrirait, si l'un et l'autre des parents étaient incapables d'exercer la puissance paternelle, ainsi dans les cas de déchéance, d'absence ou d'interdiction du père et de la mère, comme dans le cas où l'une de ces incapacités frappe le père et une autre la mère.

Au cas d'adoption s'appliqueraient également les règles que nous avons proposées et selon lesquelles la tutelle ne s'ouvrirait qu'à défaut de puissance paternelle. Ainsi, peu importe que l'enfant soit adopté par une personne seule ou par deux époux, il ne saurait y avoir, dès ce moment, ouverture de la tutelle. Au contraire, l'adoption aurait pour effet de faire cesser la tutelle si l'enfant y était soumis auparavant. De même, celle-ci ne s'ouvrirait pas lors du décès du premier mourant des époux adoptants, mais seulement dans les cas où l'enfant viendrait à perdre l'un et l'autre de ses parents adoptifs ⁽¹⁶⁾.

(15) Dans le Code civil suisse, la faillite n'est pas une cause de cessation de l'administration légale ; elle est une *cause de destitution de la tutelle* ; (dans l'avant-projet de 1900 et dans le projet du Conseil fédéral, elle entraînait le plein droit la cessation de la tutelle ; ROSSEL et MENTHA, *Code civil et Code des obligations*, 3^e édit., p. 109, note 1).

(16) La Société d'études législatives a consacré récemment quelques séances à la question de la réforme de l'adoption (*Bull. ét. législ.*, 1931, p. 116 et s.) et le fruit de ses discussions a fait l'objet d'une proposition de loi déposée au Sénat par M. Leredu (*Docum. parlement.*, Sénat, 1932, annexe n° 84, p. 107). La proposition soumet le mineur adopté par deux époux au régime de l'administration légale : sa situation est alors comparable à celle de l'enfant légitime ayant encore ses père et mère. Au contraire, le mineur adopté par une seule personne serait soumis à la tutelle. — P. VOIRIN, *Notes Parlementaires*, dans *Revue trim.*, 1932, p. 904 et 905.

CHAPITRE TROISIEME

Quid au cas de remariage du survivant des père et mère ?

La question du remariage de l'un des parents est toujours très délicate pour qui a en vue la protection de l'enfant. N'y a-t-il pas lieu de craindre que le veuf ou la veuve qui se remarie délaisse son fils ou sa fille pour se consacrer entièrement à son nouveau foyer ? Ne doit-on pas redouter, d'autre part, la haine du nouveau conjoint vis-à-vis d'un enfant qui n'est pas le sien, ou sa cupidité eu égard au patrimoine de cet enfant ?

Aussi peut-on résoudre la question de trois façons différentes :

a) on peut décider que le régime antérieur, c'est-à-dire l'administration légale, sera maintenu purement et simplement : c'est la solution que consacre le Code civil allemand, mais seulement en ce qui concerne le père qui se remarie ⁽¹⁾ ;

b) on peut, d'autre part, décider que le régime antérieur sera nécessairement remplacé par celui de la tutelle : c'est la solution que consacre encore le Code civil allemand, mais seulement en ce qui concerne la mère qui se remarie ⁽²⁾ ;

(1) C. civ. allem., art. 1669.

(2) C. civ. allem., art. 1697.

c) on peut, enfin, décider que l'administration légale sera facultativement remplacée par la tutelle, et il appartiendra à une autorité — au Conseil de famille, par exemple — de décider, après le décès du père ou de la mère, si les pouvoirs du survivant doivent être maintenus tels ou s'ils doivent être modifiés : c'est la solution qu'adopte LAURENT dans son avant-projet de révision ⁽³⁾.

Or, dans ces trois solutions, c'est, malgré tout, la première que nous préférons. En principe donc, que le conjoint survivant ait convolé en de nouvelles noces ou qu'il ne se soit pas remarié, nous voudrions lui laisser, en même temps que la puissance paternelle sur ses enfants, l'administration légale de leurs biens. Et il n'y aurait pas lieu, croyons-nous, de soumettre la mère à un régime plus défavorable que le père, malgré la solution contraire de notre Code ⁽⁴⁾ et de la plupart des Codes étrangers ⁽⁵⁾. Pourquoi cette défaveur pour la mère qui se remarie ? Bigot-Préameneu, à la séance du Conseil d'Etat du 22 Vendémiaire an XI, disait qu'il « existe entre le père et la mère une différence qu'il importe de ne pas perdre de vue. Le père, en se remariant, demeure maître de ses affaires, il n'a besoin que de lui-même pour opérer le bien de ses enfants : au contraire, la mère qui se remarie cesse de s'appartenir » ⁽⁶⁾, et Cambacérès ajoutait : « Le mariage du père ne change pas l'état de la famille : elle conserve toujours le même

(3) LAURENT, *Avant-projet*, t. II, p. 222 et suiv. (art. 386 de l'avant-projet).

(4) C. civ. franç., art. 395.

(5) C. civ. allem., art. 1697 précité ; C. civ. espagnol, art. 168 ; C. civ. ital., art. 237.

(6) LOCRÉ, *op. cit.*, t. VII, p. 172.

chef, tandis que la mère remariée passe dans une autre famille et sous l'autorité de son second mari » (7).

Ces arguments semblent n'avoir qu'une bien faible portée, surtout à notre époque, où, sous la poussée des idées féministes, la femme conquiert chaque jour de nouveaux droits en vue de son indépendance ou, tout au moins, de son égalité de rang avec le mari dans le ménage. Le Gouvernement a, d'ailleurs, déposé au Sénat, le 23 juin 1932, un projet de loi tendant notamment à la suppression de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée (8) et, dans le projet, la réforme de l'article 395 du Code civil se présente comme une conséquence de cette suppression.

Quant au Code civil allemand, il invoque d'autres raisons. La différence de traitement du père et de la mère, disent les « Motifs », est justifiée par l'expérience. L'expérience aurait, paraît-il, démontré que le remariage de la mère serait plus dangereux pour les intérêts du mineur que celui du père, et qu'en général ce dernier se détacherait moins facilement de ses enfants que ne le ferait la mère (9). Cette opinion est-elle exacte ? Il semble bien que non et que l'expérience prouve précisément le contraire. Les abus que l'on découvre, en cette matière, ne proviennent-ils pas, la plupart du temps, du fait des marâtres ?

(7) LOCRIÉ, *ibid.*, p. 174.

(8) *Documents parlementaires*, Sénat, 1932, annexe n° 594, p. 947. — P. VOIRIN, *Notes parlementaires de droit civil*, dans *Revue trim.*, 1932, p. 1235 et s.

(9) *Motive*, t. I^{er}, p. 812 : « ... Die Gefahr einer Entfremdung des wieder heiratenden Elternteiles gegenüber den Kindern der früheren Ehe ist erfahrungsmässig im Falle der Wiederverheiratung des Vaters weit geringer als im Falle der Wiederverheiratung der Mutter ».

Le Code suisse a, dans le cas qui nous préoccupe, réalisé un progrès incontestable, et n'est ici pas moins favorable pour la mère que pour le père. Notons, entre parenthèses, la rédaction caractéristique de l'article 274 : « Les père et mère exercent en commun la puissance paternelle pendant le mariage. — A défaut d'entente, le père décide ». L'article 286 admet que le survivant des parents, quel qu'il soit, qui se remarie, continuera à exercer la puissance paternelle avec comme attribut, l'administration légale, sauf à l'autorité tutélaire de décider, si les circonstances l'exigent, que ce régime sera remplacé par celui de la tutelle.

Ainsi donc, il n'y aurait, selon nous, aucune raison sérieuse de soumettre le conjoint survivant et remarié à un régime différent suivant qu'il s'agit du père ou de la mère. Ce serait, dans un cas comme dans l'autre, le maintien de l'administration légale.

Ce régime offrirait-il moins de garanties que la tutelle ? Certes oui, puisqu'il serait moins rigoureux, mais ce n'est là que justice, étant donné que nous n'avons pas, devant nous, un tuteur quelconque, mais, tout de même, le père ou la mère. Et cependant, les garanties offertes et dont nous avons tracé une esquisse⁽¹⁰⁾ seraient, à notre avis, suffisantes. Elles seraient peut-être plus complètes que celles que fournit, actuellement, en pratique, notre régime tutélaire lui-même. Or, pratiquement, que se passe-t-il, lorsque la mère tutrice veut se remarier ? Ou bien elle ne convoque pas du tout le Conseil de famille (c'est probablement le cas le plus fréquent) et elle

(10) *Supra*, p. 40 *in fine* et s.

continuera à exercer la tutelle en fait sinon en droit ⁽¹¹⁾ ; ou bien elle convoque le Conseil de famille pour se faire maintenir dans la tutelle, et il est très rare qu'alors cette faveur lui soit refusée ⁽¹²⁾. L'article 386 de l'avant-projet LAURENT aboutirait à un résultat semblable : en l'occurrence, le Conseil de famille ne se réunirait que pour confirmer, presque toujours, le père ou la mère remariés dans la puissance paternelle. Par ailleurs, on reprocherait à ce Conseil de famille éphémère ⁽¹³⁾ d'avoir été constitué — non sans mal peut-être — pour accomplir une formalité que d'aucuns taxeront de ridicule, puis de disparaître aussitôt après.

Actuellement, la délibération qui refuse de conserver la tutelle à la mère qui veut se remarier n'a pas besoin d'être motivée ⁽¹⁴⁾, et rien ne s'oppose à ce qu'un Conseil de famille ne prenne une telle mesure pour satisfaire la rancune personnelle de tels de ses membres contre la tutrice, ce qui est véritablement scandaleux. Rien de plus juste, au contraire, si la mesure prise a été dictée par les intérêts personnels du mineur et pour des motifs sérieux. Pour de tels motifs — qui sont, en définitive, assez rares — on pourrait permettre au Tribunal de prononcer une sorte de déchéance mitigée ⁽¹⁵⁾, en déci-

(11) L'art. 395 C. civ. dit que, dans ce cas : « ... elle perdra la tutelle de plein droit » ; mais plus loin il qualifie cette tutelle d'*indûment conservée*. Il y a donc tutelle de fait.

(12) Bien entendu, après le nouveau mariage, le conseil de famille peut également être convoqué, à la diligence des personnes visées par l'article 406 du Code civil, et nommer un tuteur autre que la mère ; mais, encore une fois, ce cas est assez rare.

(13) On pourrait nous objecter que le conseil de famille est toujours éphémère, mais précisément nous proposons plus loin de le rendre permanent.

(14) Cass., 31 décembre 1902, S. 1903.1.88.

(15) V. *supra*, page 41, note 13.

dant, dans la circonstance, que l'administration légale serait remplacée par la tutelle ; et cette tutelle pourrait, d'ailleurs, être confiée à l'ancien administrateur légal ou à une autre personne.

CHAPITRE QUATRIEME

L'ouverture de la tutelle devrait, dans tous les cas, entraîner son organisation

Nous avons dit au début que la plupart des tutelles en France étaient inorganisées (1) ; la tutelle est bien ouverte, en théorie, mais le mécanisme tutélaire avec ses garanties peut être inexistant. En effet, la convocation du Conseil de famille qui doit marquer le point de départ de l'organisation n'a pas toujours lieu quand il le faudrait. Or, cette convocation qui, selon l'article 406 du Code civil, est faite par le juge de paix soit d'office, soit sur réquisition, soit sur dénonciation, est laissée à l'initiative d'un grand nombre de personnes, ce qui est peut-être un tort. Les personnes désignées à l'article 406 ne se sentent, en effet, pas plus qualifiées les unes que les autres pour accomplir une démarche ennuyeuse et peut-être inutile ; finalement, cette démarche ne sera pas faite, sans que personne puisse être déclaré responsable de cette négligence. En pratique, le Conseil de famille n'est réuni et constitué que lorsque le tuteur a besoin d'une autorisation pour un acte important de la gestion. Quand bien même le juge de paix aurait connaissance d'un cas d'ouverture de tutelle, il ne convoquerait pas,

(1) V. *supra*, p. 17.

de son propre chef, le Conseil de famille, d'abord parce que son information ne repose sur aucune base officielle et qu'ensuite, en restant inactif, il n'encourt aucune responsabilité.

Cependant, la loi du 27 juillet 1917 sur les pupilles de la nation oblige le juge de paix à convoquer d'office le Conseil de famille, si, dans les quinze jours de l'ouverture de la tutelle, la réunion n'a pas été requise par un parent compétent ⁽²⁾. Or, l'information du juge de paix résultera ici du jugement proclamant la qualité de pupille de la nation, puisque cette qualité n'existe pas de plein droit. C'est évidemment un progrès, mais qui ne trouve son application que dans des cas relativement rares.

Il semble donc qu'en législation deux choses restent à faire : 1° créer un moyen d'information rapide et sûr qui avertisse le juge de paix des cas où il y a lieu à convocation du Conseil de famille ⁽³⁾ ; 2° obliger le juge de paix, une fois informé, à procéder sans retard à cette convocation.

L'idée de ce moyen d'information n'est pas neuve, puisqu'elle est consacrée déjà dans l'arrêté du 22 prairial an V appelé *arrêté concernant les avis à donner de la mort des personnes qui laissent pour héritiers des pupilles, des mineurs ou des absents*. Les agents municipaux étaient tenus, à peine de concussion, de donner avis au juge de paix du décès des personnes laissant pour

(2) Loi du 27 juillet 1917, art. 20, al. 1^{er}.

(3) Ou, lorsque la tutelle n'est pas ouverte, qui le prévienne des cas où il doit intervenir. (V. *supra*, p. 40 et s.).

héritiers des mineurs (4). Cependant, cet arrêté — s'il a jamais été appliqué — est probablement tombé bien vite en désuétude.

En 1879, une proposition de loi déposée par Jules Favre contenait des dispositions analogues : le maire de chaque commune devait aviser le juge de paix compétent du décès de toute personne laissant des enfants mineurs. En outre — disposition probablement imitée de la loi belge du 16 décembre 1851 — chaque juge de paix devait dresser annuellement un tableau des tutelles constituées dans son ressort, et soumettre ce tableau au Ministère public (5).

L'avant-projet de révision LAURENT prévoit le même moyen d'information pour signaler au juge de paix les cas où il y a lieu de pourvoir à la protection des enfants mineurs (6).

De même encore, en Espagne, en Italie, en Belgique, en Hollande, l'officier de l'état civil qui reçoit la déclaration de décès d'une personne laissant des enfants mineurs, doit en informer sans délai, selon les pays res-

(4) « Art. 1^{er}. — Dans chaque commune où ne réside pas un « juge de paix, l'agent municipal, et, à son défaut, son adjoint, « sont tenus de donner avis sans aucun délai, au juge de paix rési-
« dant dans le canton, ou, à son défaut, à son assesseur le plus
« voisin, de la mort de toute personne de son arrondissement qui
« laisse pour héritiers des pupilles, des mineurs ou des absents.

« Art. 2. — Les agents et adjoints municipaux qui négligeront
« cette partie importante de leurs devoirs, seront dénoncés à l'ad-
« ministration centrale de leur département, pour être procédé à
« leur égard, conformément à l'art. 193 de l'acte constitutionnel. »
(*Constitution du 5 fructidor an III. Il s'agit plutôt de l'art. 194 :
suspension des administrations qui ont contrevenu aux lois ou or-
dres des autorités supérieures.*)

(5) *J. Off.*, 1879, p. 3094.

(6) LAURENT, *Avant-projet*, t. II, p. 235, 236 (art. 394 de l'avant-projet).

pectifs, le juge municipal, le prêteur, le juge de paix et le juge du canton (7).

En Suisse, « les officiers de l'état civil et les autorités administratives et judiciaires sont tenus de signaler sans délai à l'autorité compétente tout cas de tutelle qui parvient à leur connaissance dans l'exercice de leurs fonctions » (8).

En Allemagne, « l'officier de l'état civil qui reçoit avis du décès d'une personne laissant un enfant mineur... doit en aviser le Tribunal des tutelles » (9) ; mais, d'autre part, il existe un agent d'information, le Conseil communal des Orphelins (*Gemeindewaisenrat*) qui « lorsqu'il vient à avoir connaissance d'un cas où il y a lieu d'installer un tuteur, en donnera avis au Tribunal des Tutelles » (10) ; d'ailleurs, ce Conseil « est tenu de notifier au Tribunal des Tutelles les cas parvenus à sa connaissance, où le Tribunal des Tutelles est appelé à intervenir » (11).

Ainsi donc, en Allemagne comme en Suisse, l'information des autorités de haute-tutelle peut provenir au moins de deux sources différentes ; et ce régime est encore actuellement pratiqué dans nos départements recouverts.

En ce qui nous concerne, il semble qu'il y aurait avantage à introduire dans notre législation cette mé-

(7) C. civ. espagnol, art. 293 ; C. civ. ital., art. 250 ; loi belge du 16 décembre 1851, art. 79 ; C. civ. holland., art. 417.

(8) C. civ. suisse, art. 368, al. 2.

(9) Loi allem. du 17 mai 1898 sur la juridiction gracieuse (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*), art. 48.

(10) Même loi, art. 49.

(11) C. civ. allem., art. 1675.

thode d'information, émanant normalement de l'officier de l'état civil et, subsidiairement, d'un agent d'information et de renseignement, analogue au *Gemeindewaisenrat*, et dont nous proposons ci-après la création. Le juge de paix serait ainsi prévenu, sans frais, de tous les cas où une personne décède laissant des enfants mineurs, même si ce décès ne donne pas ouverture à la tutelle. Dans ce dernier cas, en effet, nous avons dit que le juge de paix prendrait en dépôt l'original ou une expédition de l'inventaire ⁽¹²⁾. Il faut donc que, là aussi, il soit prévenu pour pouvoir contraindre le survivant des père et mère à faire et déposer l'inventaire.

Dans les autres cas, il convoquerait d'urgence le Conseil de famille en vue de l'organisation même de la tutelle.

(12) V. *supra*, p. 40 et s.

DEUXIEME PARTIE

ORGANISATION DE LA TUTELLE

CHAPITRE I. — *Le tuteur.*

CHAPITRE II. — *Conseil de famille et Tribunal des Tutelles.*

CHAPITRE III. — *Subrogé-tuteur et Conseil des Orphelins.*

DEUXIEME PARTIE

ORGANISATION DE LA TUTELLE

En France, la tutelle est un mécanisme à trois rouages : tuteur — Conseil de famille — subrogé tuteur. On serait tenté d'ajouter, à cette trilogie, le Tribunal de première instance ; mais ce dernier ne forme pas, à proprement parler, un organe de la tutelle, et lorsqu'il intervient en cette matière, ce n'est en général que pour rendre exécutoires certaines délibérations du Conseil de famille, qui nécessitent son homologation (1).

Cependant, on dit assez souvent que la tutelle moderne est à deux rouages : le tuteur, d'une part, et, d'autre part, la haute tutelle représentée par le Conseil de famille ou par un organe étatique. Mais ce n'est là qu'une figure tendant à marquer l'opposition qui existe entre les deux organes principaux de la tutelle et cette dualité n'exclue nullement l'existence de rouages complémentaires, tels que le subrogé tuteur ou le Conseil des orphelins du droit allemand (*Gemeindewaisenrat*).

(1) Notons cependant qu'en outre il constitue la juridiction normale de recours contre les décisions du Conseil de famille, et qu'en ce qui concerne la protection des enfants naturels, il joue le rôle de Conseil de famille.

A l'inverse, certaines lois étrangères ont consacré récemment le principe de la *tutelle sans tuteur*. Ainsi, dans la Russie Soviétique, « les organes de la tutelle sont les institutions de tutelle qui remplissent les tâches de la tutelle, soit directement, soit par l'intermédiaire de tuteurs ou de curateurs » ⁽²⁾. En Allemagne, une loi du 9 juillet 1922, dite « sur l'assistance (ou pour le bien-être) de la jeunesse » ⁽³⁾, a organisé des « Offices de la Jeunesse » (*Jugendämter*). Or, cette loi prévoit des cas, relativement nombreux, où l'Office lui-même peut devenir tuteur (ce qui revient à dire que ce dernier n'existera pas).

Le principe de la tutelle sans tuteur ne saurait nous surprendre, lorsque nous le trouvons formulé par le législateur bolcheviste : c'est une application de la doctrine collectiviste. On ne doit pas s'étonner davantage de le retrouver outre-Rhin, où il constitue, en quelque sorte, une résurrection de l'ancien droit commun de la Prusse ⁽⁴⁾. Mais on ne conçoit pas l'application de ce principe en France, où nous marquons plutôt une tendance à l'individualisme.

Cette seconde partie est divisée en trois chapitres, dont le premier est consacré au tuteur. Dans le second, nous avons rapproché le Conseil de famille, qui demeure

(2) Premier Code de la famille, art. 184.

(3) *Gesetz für Jugendwohlfahrt*, du 8 juillet 1922, *Reichsgesetzblatt*, 1922, n° 54, p. 633. — *Ann. législ. étrang.*, 1923, p. 365 et s. (notice de M. E. CUQ).

(4) Avant l'introduction du Code civil allemand, le droit commun de la Prusse (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) confiait la direction même de la tutelle au Tribunal des Tutelles et le tuteur n'était qu'un agent de ce Tribunal (*Motive*, p. 1023).

l'expression la plus parfaite de la haute tutelle familiale, et le Tribunal des tutelles qui constitue le type de la haute tutelle d'Etat. Le dernier chapitre vise spécialement les deux organes complémentaires les plus connus : le subrogé tuteur du droit français et le Conseil des orphelins du droit allemand.

CHAPITRE PREMIER

Le Tuteur

SECTION I. — NOMINATION DU TUTEUR

A. — « *Les tutelles sont datives* » ⁽⁵⁾

Les rédacteurs du Code civil, négligeant ici de s'inspirer de nos anciennes coutumes et marquant cette fois une préférence pour le système du droit écrit, ont décidé que les tutelles seraient légales, testamentaires ou datives. Dans nos pays de coutumes, au contraire, il était de règle que « les tutelles sont datives ».

Que ce choix des rédacteurs du Code ait été heureux, il serait permis d'en douter. Les plus graves reproches peuvent être faits à la tutelle légale. Grâce à ce système, il arrive que soient appelées à la tutelle des personnes n'ayant aucune aptitude aux fonctions à remplir et n'ayant souvent même pas les capacités voulues pour administrer convenablement leur propre fortune. D'autre part — sans qu'on puisse véritablement invoquer une cause d'exclusion ou d'incapacité — il est des cas où, pour d'autres raisons, on aurait intérêt à écarter le tuteur légal. Les mêmes reproches peuvent être faits à la tutelle testamentaire, quoique moins fréquemment, car il est permis de penser que le choix du parent survivant sera, en général, moins aveugle que celui de la loi.

(5) LOISEL, *Inst. cout.*, L. I, Tit. IV, règle VI.

Sera-t-il cependant toujours aussi avisé que celui d'un juge ou d'un Conseil de famille ? Il semble que ce dernier saura mieux apprécier à sa juste valeur l'aptitude d'une personne à assumer la charge de la tutelle, et que la décision du Conseil de famille sera prise d'avantage *cognita causa*, parce que le Conseil aura été appelé à une époque où se trouveront réunis tous les éléments d'appréciation. Aussi préférons-nous un système tutélaire, dont la délation serait uniquement dative.

Pas de tutelle dative, au contraire, pour le survivant des père et mère, et encore bien moins de puissance paternelle ou d'administration légale datives ! La garde, qui, dans nos anciennes coutumes, était le régime fonctionnant le plus souvent en cas de décès de l'un des parents, n'avait pas non plus un caractère datif. Il est permis de penser que la puissance paternelle — dont l'attribut normal est l'administration légale — ayant, du vivant des deux époux, appartenu à ceux-ci simultanément, ne sera pas moins bien exercée, en général, après le décès de l'un des conjoints qu'avant. Mais pour la tutelle proprement dite, la délation dative doit s'imposer.

Les Codes les plus récents ont admis ce principe. Le Code civil allemand (art. 1776), qui cependant reconnaît en cette matière une vocation testamentaire ou légale, décide (art. 1778, al. 1) que le tuteur appelé par le testament ou par la loi peut être écarté pour certaines raisons, et notamment « si son installation mettrait en péril les intérêts du pupille », plus loin, l'art. 1789 exige que tout tuteur soit installé ou établi (*bestellt*) par le Tribunal des tutelles. Donc, même le tuteur testamen-

taire et le tuteur légal ont besoin de cette installation (*Bestellung*) qui consacre leur investiture officielle et qui constituera également le titre par lequel ils justifieront de leur qualité.

Le Code civil suisse est plus explicite : « L'autorité, dit l'art. 380, nomme de préférence tuteur de l'incapable, à moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'un de ses proches parents ou alliés aptes à remplir ces fonctions... », mais il ne prévoit aucun ordre de vocation parmi ces parents ou alliés. De même, selon l'art. 381, « à moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'autorité tutélaire nomme tuteur la personne désignée par le père ou la mère... ».

Dans la Russie des Soviets, le premier Code de la famille (art. 207) décidait que « sont désignées comme tuteurs des personnes majeures capables de remplir ces fonctions », mais (art. 209) accordait la préférence, dans cette désignation, à la personne choisie par le père ou par la mère. Dans le nouveau Code de la famille, il n'est plus question d'un choix du père ou de la mère. L'art. 74 dit simplement : « En vue de l'exercice direct de la tutelle, les organes de tutelle désignent un tuteur pris parmi les personnes proches de la personne soumise à la tutelle, ou parmi des personnes déléguées à cet effet par une organisation sociale... ».

Par contre, l'avant-projet de révision Laurent (art. 390 à 393) maintient la distinction des tutelles en testamentaires, légales et datives.

A notre avis, le système datif du Code suisse est le meilleur et pourrait utilement servir à notre projet de réforme. Il ne s'agit ici nullement, en effet, d'écarter

systematiquement de la tutelle l'aïeul ou aïeule ou la personne choisie par le survivant des père et mère. En général, le choix du testateur aura été suffisamment éclairé, et, d'autre part, comme le dit LAURENT ⁽⁶⁾, « la tutelle des ascendants est fondée sur leur affection pour leurs petits-enfants ; ... il n'y en a pas de plus vive, et c'est aussi la meilleure garantie que les orphelins puissent avoir ». LAURENT a peut-être tort de généraliser ainsi ; cependant, nous admettrions plus volontiers qu'à moins que de justes motifs ne s'y opposent, le Conseil de famille nomme tuteur une personne désignée par le père ou la mère, ou choisie parmi les proches parents. Mais entre ces derniers, nous n'établirions aucun ordre de préférence ; ce serait au Conseil de famille de choisir le plus digne et le plus capable. Et tout tuteur, quel qu'il soit, devrait, pour mériter son titre, avoir été nommé par le Conseil de famille ; il n'y aurait pas, à l'ouverture de la tutelle, de tuteurs de plein droit.

Une exception analogue à celle que nous avons prévue pour le cas de décès de l'un des père et mère ⁽⁷⁾ doit être insérée ici pour la tutelle des enfants naturels. Actuellement, le détenteur de la puissance paternelle sur son enfant naturel a la tutelle de plein droit ⁽⁸⁾ et il ne semble pas qu'on puisse critiquer cette solution, d'ailleurs suivie par la plupart des Codes étrangers.

Par contre, il n'y aurait pas d'inconvénient, selon nous, à supprimer la tutelle légale de l'interdit prévue par l'art. 506 du Code civil : « Le mari est, de droit,

⁽⁶⁾ LAURENT, *Avant-projet*, t. II, p. 232.

⁽⁷⁾ V. *supra*, p. 64.

⁽⁸⁾ C. civ. franç., art. 389, al. 12.

le tuteur de sa femme interdite » ; (l'article 507 n'admet pas la réciprocité : « La femme *pourra* être nommée tutrice de son mari... »). Mieux vaudrait dire, semble-t-il, qu'à moins que de justes motifs ne s'y opposent, le Conseil de famille nommera tuteur de l'interdit le conjoint de ce dernier.

B. — La charge de tuteur est obligatoire.

La charge de tuteur est, en principe, obligatoire. De là de nombreuses controverses sur le point de savoir si la tutelle est une fonction publique⁽⁹⁾ ou si elle n'est qu'une charge publique (*munus publicum*)⁽¹⁰⁾, ou, si, plus simplement, les règles qu'elle édicte sont d'ordre public. Pour nous, la question importe peu, si nous considérons le but de la tutelle (protection du pupille), et nous renvoyons aux auteurs⁽¹¹⁾. Il importe bien plutôt de savoir s'il y a ou non intérêt à maintenir un caractère obligatoire à la tutelle. La réponse semble affirmative, si l'on compare, sur cette question, les législations étrangères. Toutes, à notre sens, ont admis ce principe que le tuteur ne peut pas, sans excuse valable,

(9) « La tutelle et la curatelle sont des fonctions publiques, et « conséquemment les mâles seuls peuvent les exercer comme les « autres fonctions publiques ». POUILLAIN DU PARC, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, Rennes, 1767, t. I, p. 226.

(10) « Il est de principe que la tutelle est une charge publique « que généralement on ne peut se dispenser d'accepter et d'en remplir les fonctions ». Rapport de Huguet au Tribunat, 3 germinal an XI, dans LOCRÉ, *op. cit.*, t. VII, p. 258.

(11) DEMOLOMBE, *Traité*, t. I, n° 30 ; AUBRY et RAU, t. I, p. 589, note 1 ; HUC, *Commentaire*, t. III, n° 254 et 255 ; BEUDANT, t. II, n° 822 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3^e édit., t. V, n° 307 ; PLANIOL, *Traité élém.*, t. I, n° 1750.

refuser la charge qui lui est déférée⁽¹²⁾. D'ailleurs, le principal reproche que l'on faisait, chez nous, au caractère obligatoire de la charge de tuteur, c'est que ce caractère coexistait avec un autre, celui de la gratuité. Si ce dernier est, comme nous le proposons ci-après, supprimé, le reproche s'évanouit. D'autre part, même étant une pure institution de droit privé, la tutelle a besoin, pour fonctionner, de son rouage essentiel, du tuteur, il faut trouver un protecteur au mineur, car cette protection intéresse l'ordre public.

Nous laissons de côté les cas très nombreux d'excuse, d'incapacité ou d'exclusion de la tutelle, énumérés par la loi. Il ne semble pas qu'il y ait utilité à les restreindre ou à en proposer d'autres. Tout au plus, pourrait-on permettre au Conseil de famille d'accorder des dispenses de la tutelle, même en dehors des causes légales ; c'est ce qui a lieu en Italie⁽¹³⁾.

Deux véritables exceptions au caractère obligatoire de la charge de tuteur ont été apportées, en France, par des lois relativement récentes :

1° La loi du 24 juillet 1889 (art. 10, al. 1) déclare qu'après déchéance du père, il n'y a aucune obligation, pour la personne désignée, d'accepter la charge de tuteur. Le rapporteur, M. Gonse, justifiait cette exception de la façon suivante : « Le Conseil de famille, convoqué
« par le juge de paix, se réunira et désignera un tuteur
« conformément aux règles du Code civil. Il faut recon-
« naître, toutefois, que l'indignité du père sera, dans

(12) C. civ. allem., art. 1785 ; C. civ. suisse, art. 382, al. 1 ; C. civ. ital., art. 272 *a contrario* ; C. civ. espagnol, art. 202.

(13) C. civ. ital., art. 276, al. 1.

« nombre de cas, un fâcheux indice. Souvent la cons-
« titution de la tutelle dative ne sera pas possible ;
« souvent aussi les éléments appelés à composer les Con-
« seils seraient tels qu'on ne pourrait leur confier la dé-
« signation du tuteur qu'avec la crainte que la décision
« rendue devînt illusoire. De toute nécessité, il faut
« donc prévoir un régime exceptionnel pour le substi-
« tuer au droit commun, lorsque l'application de celui-ci
« sera reconnue impossible ou dangereuse » (14). Et
c'est ainsi que l'article 11 de la même loi déclare qu'à
défaut de tutelle constituée conformément à l'article pré-
cédent, celle-ci sera exercée par l'Assistance publique.
Malheureusement, le régime exceptionnel dont parle le
rapporteur peut ainsi devenir le régime normal, et nous
doutons encore qu'il y avait intérêt à écarter ici le
caractère obligatoire de la charge de tuteur.

2° La loi du 20 mars 1917, en tant qu'elle est venue
compléter l'article 428 du Code civil, dit que « sont
« dispensées de la tutelle... les femmes qui ne veulent
« l'accepter ». Elle généralise ainsi l'article 394 du Code
civil (« La mère n'est point tenue d'accepter la tu-
telle... »). Cette loi de 1917, qui a reconnu aux femmes
la capacité d'être tutrices, les tient encore, malgré tout,
dans un certain état d'infériorité, puisqu'elle admet une
dispense pour faiblesse du sexe (15). Cette différence de
traitement de l'homme et de la femme ne se justifie plus

(14) Extrait du rapport de M. Gonse à la 2° sous-commission ministérielle.

(15) Cependant, l'art. 389 nouv. du Code civil, avant-dernier alinéa, apporte déjà une exception : la tutelle est obligatoire pour la mère naturelle.

guère à notre époque ⁽¹⁶⁾, et l'on pourrait fort bien rendre la tutelle obligatoire pour les femmes, aussi bien que pour les hommes. La seule exception que nous admettrions, ce serait, en ce qui concerne les femmes mariées, d'exiger, pour l'acceptation de la charge tutélaire, l'autorisation du mari, dans l'intérêt de la bonne direction du ménage. Encore pourrait-on dire que cette autorisation ne serait pas nécessaire, si le pupille était un proche parent de la tutrice. Quoi qu'il en soit, dans les cas où l'on reconnaîtrait nécessaire l'autorisation, celle-ci le serait seulement *a suscipienda tutela*, elle ne le serait jamais *a suscepta tutela* ; en ce sens, la femme tutrice venant à se marier, ses fonctions ne sauraient, par ce fait, subir une interruption.

On pourrait apporter une dernière exception au caractère obligatoire des fonctions du tuteur, en limitant la durée de celles-ci. C'est ainsi que l'article 415 du Code civil suisse décide : « La tutelle est, dans la règle, déferée pour deux ans. — Elle continue de deux ans en deux ans, par simple confirmation du tuteur. — Le tuteur peut refuser de la continuer après l'expiration d'une période de quatre ans. » Nous n'avons une disposition analogue dans notre Code que pour le tuteur de l'interdit, qui peut résigner ses fonctions au bout d'un délai de dix ans ⁽¹⁷⁾ ; encore faut-il que ce tuteur ne soit ni conjoint, ni ascendant, ni descendant de l'interdit. On peut se demander s'il ne serait pas utile d'accorder, à tout tuteur, au bout d'un délai fixé par exemple à cinq ans, la faculté de renoncer à continuer ses fonctions.

⁽¹⁶⁾ V. *supra*, p. 47.

⁽¹⁷⁾ C. civ. franç., art. 508.

C. — *Rétribution du tuteur.*

En principe, le tuteur gère gratuitement et ne reçoit aucune rétribution pour ses soins consacrés à la gestion. Telle est du moins la règle établie par notre Code ⁽¹⁸⁾, règle que d'aucuns ont essayé de justifier en invoquant la théorie du *munus publicum* ⁽¹⁹⁾. Quoi qu'il en soit, la gratuité de la gestion se conçoit à la rigueur quand il s'agit de la tutelle ou de l'administration légale confiée au père ou à la mère ; elle est beaucoup moins plausible dès que la charge de tuteur est déferée à un autre parent ou allié, ou, surtout, à un étranger ; aussi la jurisprudence a-t-elle admis, malgré le sens contraire de la loi, qu'il était permis au Conseil de famille d'allouer au tuteur, à titre de frais de gestion, une somme déterminée à forfait et dépassant souvent, manifestement, ces frais ⁽²⁰⁾. On peut réprouber ce moyen détourné et hypocrite ; mais ici, la fin ne justifie-t-elle pas les moyens ? La fin, c'est, précisément, la rétribution du tuteur, dont le principe devrait être consacré législativement, dans l'intérêt même d'une gestion fidèle. Le droit comparé est d'ailleurs dans ce sens. Le Code civil allemand dit que le Tribunal des tutelles peut allouer au tuteur une rémunération convenable ⁽²¹⁾ ; le Code suisse reconnaît que « le tuteur a droit à une rémunération... fixée par l'autorité tutélaire... eu égard au travail du tuteur et aux revenus du pupille » ⁽²²⁾ ; le Code espa-

(18) C. civ. franç. arg., art. 471, al. 2, et 454, al. 2.

(19) V. *supra*, p. 67.

(20) Cass., 18 août 1854, D. 54.1.387, S. 55.1.120 ; Cass., 30 juin 1920, D. 21.1.157, S. 21.1.52.

(21) C. civ. allem., art. 1836, al. 1.

(22) C. civ. suisse, art. 416.

agnol accorde également une rémunération au tuteur et fixe à celle-ci un taux qui variera entre 4 % et 10 % du revenu net des biens du pupille ⁽²³⁾ ; le Code soviétique ne fixe pas de minimum, mais décide que l'indemnité allouée ne pourra dépasser 10 % ⁽²⁴⁾. Le principe de la rémunération du tuteur devrait être consacré, chez nous aussi, par un texte, mais sans qu'il soit nécessaire que la loi fixe des taux limites ; ce serait au Conseil de famille à allouer au tuteur l'indemnité qu'il jugerait convenable ⁽²⁵⁾, sauf recours toujours possible.

⁽²³⁾ C. civ. espagnol, art. 276, al. 3.

⁽²⁴⁾ Nouv. Code de la famille, art. 81.

⁽²⁵⁾ En l'état actuel de la jurisprudence, « on admet généralement que la gratuité des fonctions tutélaires ne fait pas obstacle à ce que le Conseil de famille alloue à forfait au tuteur, et avec dispense de rendre compte... *la totalité des revenus* du mineur, non à titre d'honoraires, mais pour faire face aux dépenses que nécessite la gestion tutélaire ». (DALLOZ, *Répertoire pratique*, 1920, V^{is} *Minorité-Tutelle-Emancipation*, n° 40). L'arrêt précité du 30 juin 1920 (note 20) alloue précisément la totalité des revenus. Quoi qu'il en soit, ce procédé essaie de masquer une rémunération évidente, mais difficilement contrôlable, d'où des abus possibles.

SECTION II. — DU NOMBRE DES TUTEURS

A. — *Unité ou pluralité de tuteurs.*

Le principe, en France, est que la tutelle est gérée par un seul tuteur. Ce principe qui n'est écrit dans aucun texte légal, résulte implicitement des travaux préparatoires ⁽¹⁾ et de nombreux articles du Code civil ⁽²⁾. En général, l'unité du gérant est dans l'intérêt même d'une bonne gestion. Mais il n'en est pas toujours ainsi, et, dans certains cas assez rares, il y a, au contraire, intérêt à confier à plusieurs personnes les attributions de représentation légale du pupille. Aussi la loi a-t-elle admis quelques exceptions à la règle, exceptions auxquelles les auteurs et la jurisprudence sont venus en ajouter d'autres.

La dérogation la plus fréquente au principe, admise par la doctrine en général ⁽³⁾ et par la jurisprudence ⁽⁴⁾, consiste à confier à un tuteur le soin de la personne du mineur et à un autre l'administration de son patrimoine.

(1) « La section, en exprimant son vœu sur ce point, pense « aussi que les autres dispositions de la loi, surtout l'article 31 « (art. 417 *actuel*), feront assez connaître que le mineur ne peut « avoir qu'un seul tuteur dans les départements continentaux de la « France ». *Observations du Tribunat*, LOCRÉ, *op. cit.*, t. VII, p. 220.

(2) V. notamment les art. 394, 397, 400 à 405, dans lesquels il n'est jamais question que d'un tuteur ou d'une tutrice.

(3) *Contrà* BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n^{os} 367 et 377.

(4) Cass., 14 décembre 1863, D. 1864.1.63, S. 1864.1.21 ; Cass., 14 mars 1917, S. 1922.1.169 ; Cass., 23 décembre 1924, D. H. 1925, p. 21.

A l'appui de cette distinction entre *tuteur honoraire* et *tuteur onéraire*, on invoque la tradition ⁽⁵⁾. Mais, même en dehors de ce cas, les motifs des arrêts précités semblent admettre que le Conseil de famille pourrait nommer deux ou plusieurs tuteurs.

La loi admet, par ailleurs (dans l'article 417 du Code civil), une dérogation au principe de l'unité de tuteur, au cas où le mineur, domicilié en France, possède des biens dans les colonies, ou réciproquement ; dans ce cas sera nommé un *protuteur*, dont la gestion sera indépendante de celle du tuteur. Mais « dans les colonies » est une expression qui doit être prise à la lettre, et un protuteur ne saurait être nommé, si le mineur, domicilié en France, possédait des biens à l'étranger ⁽⁶⁾ ; à plus forte raison ne pourrait-on nommer un protuteur pour des biens situés dans des départements éloignés, en France. Notre ancien droit admettait cependant la nomination d'un autre tuteur pour des biens situés à une certaine distance ⁽⁷⁾.

Il est évident que l'unité de tuteur doit être maintenue comme principe. Cependant, on pourrait laisser au Conseil de famille le soin de nommer, exceptionnellement, plusieurs tuteurs, si cela était nécessaire. Le domicile du mineur serait alors celui du tuteur principal,

(5) « On donne quelquefois deux tuteurs aux personnes de considération, savoir un tuteur honoraire et un tuteur onéraire ». ARGOU, *Institution au droit français*, L. I, chap. VIII, *Des tuteurs*.

(6) PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n° 1829.

(7) « Lorsque les mineurs ont du bien en diverses provinces « éloignées les unes des autres, on peut nommer deux tuteurs, l'un « pour les biens d'une province et l'autre pour ceux d'une autre « province, et alors chaque tuteur n'est tenu que des biens qu'il a « administrés ». ARGOU, *loc. cit.*

ou — au cas où les tuteurs auraient chacun des attributions égales — son domicile serait celui de tel tuteur désigné par le Conseil de famille. Le terme de *protuteur* serait supprimé, parce que trop restrictif, et le Conseil de famille serait libre de répartir les attributions des tuteurs de la façon *tutelle-protutelle* ou de la façon *tutelle honoraire-onénaire*, ou de telle autre qu'il jugerait convenable ⁽⁸⁾.

C'est là la solution adoptée par le Code civil allemand (art. 1775) qui permet au Tribunal des tutelles, « pour des motifs particuliers », d'installer plusieurs tuteurs. Le Code civil suisse (art. 379, al. 2) permet également à l'autorité tutélaire de « désigner, si les circonstances l'exigent, plusieurs tuteurs, qui administrent « en commun ou selon les attributions qu'elle confère « à chacun d'eux ». Ailleurs, la pluralité de tuteurs est admise avec plus ou moins de restrictions, notamment en Italie, en Hollande, en Autriche, au Portugal, en Angleterre et en Suède ⁽⁹⁾.

B. — Cotuteur, Conseil spécial, Curateur au ventre.

En France, toute tutrice qui se marie ou se remarie doit, avant l'acte de mariage, convoquer le Conseil de famille, et, si ce dernier lui conserve la tutelle, il lui

⁽⁸⁾ Nous hésiterions à admettre cependant la solution du C. civ. allemand (art. 1797, al. 1) et du C. civ. suisse (art. précité) qui permet, au cas de pluralité de tuteurs, la gestion en commun par ceux-ci.

⁽⁹⁾ C. civ. ital., art. 246 ; C. civ. holland., art. 418 ; C. civ. autrichien, art. 210 (sans restrictions) ; C. civ. portug., art. 187 et 225 ; pour l'Angleterre, v. FÈRE, *op. cit.*, p. 35 ; pour la Suède, loi du 27 juin 1924, chap. II, art. 5, 6 (sans restrictions), *Ann. lég. étrang.*, 1925, p. 434 et s.

donnera nécessairement pour cotuteur le mari ⁽¹⁰⁾. D'autre part, le père peut nommer, à la mère survivante et tutrice, *un conseil spécial*, dont le concours sera nécessaire pour l'accomplissement de certains actes relatifs à la tutelle, sinon pour tous ⁽¹¹⁾.

Evidemment, le nouveau mari de la tutrice sera bien lui-même tuteur, tandis que le conseil spécial, théoriquement, ne fera qu'assister la tutrice. En fait, cependant, et dans la plupart des cas, le conseil spécial s'occupera lui-même de la gestion et rien ne le différenciera du cotuteur, si ce n'est une bien moindre responsabilité.

De toute façon, qu'il s'agisse du cotuteur ou du conseil spécial, il y a là une mesure de défaveur, de défiance, à l'égard de la femme, mesure qui ne se comprend vraiment plus à notre époque, et que nous proposons de supprimer purement et simplement.

Avec la cotutelle, il est douteux que le mineur trouve toujours son intérêt à voir la gestion de ses biens confiée à deux personnes, ou encore transmise de la femme au mari. D'ailleurs, si, comme nous l'avons proposé, l'administration légale était laissée à la mère survivante, la grosse majorité des cas de cotutelle serait déjà, du même coup, supprimée. Quant au conseil spécial, si la tutrice ne lui remet pas en mains toute la gestion, il arrivera assez souvent que la nécessité de son intervention dans tel ou tel cas donnera lieu à des divergences de vues

⁽¹⁰⁾ C. civ. franç., art. 395, 396.

⁽¹¹⁾ C. civ. franç., art. 391, 392.

entre lui et la tutrice et à des chicanes, dont le pupille fera, en définitive, les frais.

Le récent projet de loi du Gouvernement ⁽¹²⁾, bien que supprimant l'incapacité de la femme mariée, maintient la cotutelle du mari de la tutrice, ce qui est un peu illogique. D'autre part, il ne supprime pas le conseil spécial de l'article 391 ; bien au contraire, il permet que ce conseil soit désigné par l'époux prédécédé aussi bien au père survivant qu'à la mère survivante. « Ceci, comme l'écrit M. VOIRIN ⁽¹³⁾, pour traiter les époux sur un pied d'égalité — égalité dans l'incapacité ».

Bref, en renforçant le contrôle de la haute tutelle par une meilleure organisation du Conseil de famille, en organisant véritablement l'administration légale et en réglementant surtout le maniement des deniers du mineur, il n'y aurait, semble-t-il, aucun inconvénient à la suppression que nous proposons.

Le *curateur au ventre* est encore une institution dont notre Code pourrait être utilement expurgé ⁽¹⁴⁾. Ce curateur doit prévenir la supposition de part, la substitution de part et la suppression de part. Or, dans les rares cas où il aura été nommé, ou bien il exécutera sa mission régulièrement : son rôle deviendra alors bien vite odieux et même immoral ; ou bien il ne surveillera rien du tout — c'est le cas le plus fréquent — et sa présence est alors absolument inutile.

⁽¹²⁾ *Doc. parlam.*, Sénat, 1932, annexe n° 594, p. 947 ; v. *supra*, p. 47.

⁽¹³⁾ P. VOIRIN, *Notes parlementaires*, dans *Revue trim.*, 1932, p. 1235, note 2.

⁽¹⁴⁾ C. civ. franç., art. 393.

Cette institution est reproduite cependant dans les Codes civils hollandais, italien et allemand ⁽¹⁵⁾, mais le Code civil suisse l'ignore. Comme l'écrivent MM. COLIN et CAPITANT ⁽¹⁶⁾, « l'institution du curateur au ventre » ne paraît guère convenir à nos mœurs ; elle prêterait « à rire. Le nombre infime des décisions judiciaires dans lesquelles il en est question démontre que le curateur au ventre, comme le conseil spécial à la mère tutrice, ne se rencontre presque jamais dans la pratique ».

(15) C. civ. holland., art. 403 ; C. civ. ital., art. 236 ; C. civ. allem., art. 1912 et 1918, al. 2.

(16) COLIN et CAPITANT, *Cours élém.*, t. I, n° 484.

CHAPITRE DEUXIEME

Conseil de famille et Tribunal des tutelles

Les attributions du Conseil de famille sont confiées, en Allemagne, à un organe judiciaire, appelé *Tribunal des tutelles* ; il en est de même dans nos départements recouvrés du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Dans les cantons suisses, le rôle du Conseil de famille est rempli par *l'autorité tutélaire*, qui est, en général aussi, un organe judiciaire, une sorte de Tribunal des tutelles. Cependant, en Allemagne, en Suisse et dans nos départements recouvrés, un Conseil de famille peut être institué dans certaines circonstances — très rarement en pratique — et, dans ces cas, il remplacera à son tour le Tribunal des tutelles ou l'autorité tutélaire :

En Allemagne, le Tribunal des tutelles doit instituer un Conseil de famille lorsque le père ou la mère du pupille en a ordonné l'institution. Il en est de même lorsqu'un parent ou allié du pupille, son tuteur ou son subrogé tuteur requièrent cette institution et que celle-ci est reconnue avantageuse pour le pupille. Par contre, elle n'a pas lieu si le père ou la mère l'a interdite ou si le nombre requis de personnes, capables d'être membres du Conseil, fait défaut. D'ailleurs, les fonctions de membre ne sont pas obligatoires ⁽¹⁾.

(1) C. civ. allem., art. 1858, al. 1 et 3, 1859, 1869.

Les dispositions qui précèdent ont été maintenues en Alsace-Lorraine et les mêmes règles y demeurent applicables en ce qui concerne la constitution éventuelle d'un Conseil de famille ⁽²⁾.

En Suisse, « la tutelle peut être remise exceptionnellement à la famille lorsque l'intérêt du pupille justifie cette mesure, notamment pour la continuation d'une industrie ou d'une société. Les droits, les devoirs et la responsabilité de l'autorité tutélaire passent alors à un Conseil de famille. L'autorité de surveillance peut permettre la tutelle privée, à la demande de deux plus proches parents ou alliés majeurs, ou de l'un d'eux et du conjoint du pupille » ⁽³⁾.

Par contre, nous connaissons, même en France, une sorte de Tribunal des tutelles : c'est la Chambre du Conseil du Tribunal de première instance, qui, pour les enfants naturels, joue le rôle de Conseil de famille ⁽⁴⁾.

Etant données cette interchangeabilité et l'équivalence de leurs attributions, nous avons jugé utile de réunir, sous un même chapitre, Conseil de famille et Tribunal des tutelles ; ainsi, en recherchant les réformes à apporter au premier, nous pourrions nous inspirer de la pratique du second.

(2) Loi du 1^{er} juin 1924.

(3) C. civ. suisse, art. 362, 363.

(4) C. civ. franç., art. 389, al. 13.

SECTION I. — COMPOSITION DU CONSEIL
DE FAMILLE FRANÇAIS

A. — *Situation actuelle.*

Un des plus graves reproches que l'on fasse à notre régime de la tutelle est la composition même du Conseil de famille (5). Selon l'article 407 du Code civil, ce Conseil doit être « composé, non compris le juge de paix, « de six parents ou alliés de l'un ou l'autre sexe, pris « tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que « dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté « paternel, moitié du côté maternel, suivant l'ordre de « proximité dans chaque ligne ». Or, six parents ou alliés forment un nombre qu'il ne sera pas toujours aisé de réunir, et quand bien même on les trouverait, encore faut-il que la moitié appartienne à la ligne paternelle et l'autre moitié à la ligne maternelle, ce qui augmente les difficultés. S'il est impossible de constituer le Conseil de famille dans ces conditions, on recourt à l'article 409 *in fine* qui permet de convoquer, à défaut de parents ou alliés, des amis ou, plus exactement, « des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur ». D'autre part, c'est le juge de paix qui est chargé de la désignation des personnes qui doivent composer le Conseil de famille.

En pratique, il est très rare qu'un pupille n'ait point de parents ou alliés aptes à faire partie d'un Conseil de famille. Mais que ceux-ci soient simplement en nombre insuffisant, c'est, au contraire, un cas assez fréquent.

(5) *Motive*, t. IV, p. 1018 et 1019.

On complète alors l'assemblée en y appelant des amis ou des personnes qualifiées tels. En réalité, ce sont, bien souvent, des indifférents ayant vaguement connu le père ou la mère, et qui n'ont du pupille pas le moindre souci.

Il arrive aussi, actuellement, lorsque la tutelle s'ouvre par le décès de l'un des parents, que le Conseil de famille soit composé, pour une moitié, de parents et alliés du survivant des père et mère, et que l'autre moitié ne comprenne que des « amis » du défunt, les parents ou alliés de celui-ci étant systématiquement exclus. La raison de cette exclusion sera, le plus souvent, que le survivant vit en mauvais termes avec la famille du prédécédé et qu'il veut écarter des membres indésirables du Conseil de famille en les remplaçant par les éléments neutres de l'article 409 *in fine*. A cela, qu'y faire ? C'est bien le juge de paix qui, en principe, désigne les membres de l'assemblée selon un mode de vocation légale ; mais il le fait sur l'indication d'un proche du pupille — en l'occurrence, sur l'indication du survivant des père et mère — et celui-ci ne livrera les noms que de qui il voudra bien. D'ailleurs, cette méthode ne va pas nécessairement à l'encontre des intérêts du pupille, bien au contraire, car il vaut peut-être mieux encombrer l'assemblée d'éléments atones que de voir la discorde régner en permanence au sein du Conseil de famille. C'est aussi l'avis de la jurisprudence, qui pose comme critérium, en cette matière, l'intérêt même du pupille — critérium très élastique, évidemment, mais très satisfaisant en pratique ⁽⁶⁾. Ainsi, on annulera seulement les délibérations

(6) Cass., 18 juillet 1904, D. 1904.1.552 ; Cass., 29 avril 1903, S. 1903.1.348 ; Cass., 21 juillet 1925, D. H. 1925, p. 650, S. 1925.1.

des Conseils de famille constitués irrégulièrement par dol.

B. — Réformes possibles.

Une réforme qui semble indispensable à l'heure actuelle, c'est de réduire le nombre des membres du Conseil de famille : ce nombre, actuellement fixé à six, est vraiment trop élevé.

D'après le Code civil, c'est au contraire un minimum qui, au cas de l'article 408, peut être largement dépassé. Evidemment, dans les pays de coutumes de l'ancienne France, les assemblées de parents pouvaient comprendre jusqu'à douze membres (7), tandis que le minimum était de six (8). FERRIÈRE, dans son *Traité des tutelles* (9), écrit, au sujet de la nomination du tuteur par l'assemblée familiale : « Il est de l'intérêt public qu'une procédure si importante ne soit pas l'ouvrage de peu de personnes. Plus d'électeurs il y a, plus l'élection se trouve judicieuse, *cum integrum sit iudicium, quod plurimorum*

111 : Cass., 27 février 1928, D. 1929.1.22, *Gazette du Palais*, 1928.1.799 ; Cass., 13 janvier 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.450.

(7) Coutume de Bretagne, *Edit des Tutelles*, art. III ; coutume de Normandie, *Arrêt de règlement du Parlement*, art. XII.

(8) Toutefois, ce nombre était de cinq seulement dans la coutume d'Orléans, art. 183 : « *Cinq des proches parents ou affins* ». Mais Pothier ajoute (POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, note sous art. 183) : « Pour le moins, on peut en convoquer un plus grand nombre. On en convoque ordinairement six : trois du côté paternel et trois du maternel ».

On a prétendu que ce nombre était de quatre seulement dans la coutume de Paris (H. MARTIN, *Des assemblées de parents dans les tutelles des mineurs*, thèse Paris, 1903, citant à la page 13 un arrêt du Parlement de Paris du 1^{er} août 1709). C'est inexact, et ce chiffre doit être doublé : l'arrêt du Parlement de Paris du 1^{er} août 1709 ordonna précisément l'assemblée de quatre parents paternels et de quatre parents maternels, pour donner leur avis sur l'élection d'un tuteur (*Journal des principales audiences du Parlement*, édit. de 1736, t. V, livre 9, chap. 30).

(9) FERRIÈRE. *Traité des Tutelles*, 1^{re} partie, art. 139.

sententiis confirmatur ». Or, voilà une affirmation qui est loin d'être prouvée, et FERRIÈRE ignorait, certes, les critiques qu'on adresse, de nos jours, au régime parlementaire. Quoi qu'il en soit, à notre époque, qui se caractérise par un rétrécissement du cercle familial⁽¹⁰⁾, le nombre six qu'exige l'article 407 du Code est trop élevé. Car, lorsque, pour atteindre ce nombre, on est obligé de recourir à des personnes étrangères à la famille, on alourdit le mécanisme de l'assemblée familiale et il en résulte une dépense inutile de personnel, de temps et de frais.

Les Codes étrangers ont bien compris la nécessité de réduire le personnel de la haute tutelle familiale et leur exemple pourra nous inspirer utilement. Cependant, les législateurs du siècle dernier n'avaient fait que de timides réformes. Ainsi, en Espagne, le Conseil de famille se compose d'un minimum de cinq parents ou alliés⁽¹¹⁾, mais comme, dans la péninsule, le tuteur et le subrogé tuteur (*protutor*) ne font pas partie du Conseil de famille⁽¹²⁾, il y a là plutôt une aggravation du système français. A noter que le juge municipal, qui préside la première réunion, ne fait pas non plus partie du Conseil : il se retire dès qu'un membre de l'assemblée a été élu président par celle-ci⁽¹³⁾. D'après le Code civil italien, « le Conseil de famille se compose du préteur, qui le convoque et le préside, et de quatre membres ordi-

(10) V. *supra*, p. 36, et note 33.

(11) C. civ. espagnol, art. 294.

(12) C. civ. espagnol, art. 299.

(13) DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 79.

naires » (*quattro consulenti*) ⁽¹⁴⁾, mais il ajoute : « Feront en outre partie du Conseil de famille le tuteur et le subrogé tuteur » (*il protutore*) ⁽¹⁵⁾.

En définitive, nous retrouvons là le même nombre que chez nous.

Plus intéressante a été la réforme apportée à la composition des Conseils de famille en Alsace-Lorraine par la loi du 22 octobre 1873, dont l'article 4 n'exigeait plus que quatre membres, outre le juge de bailliage, et, parmi ces membres, se trouvaient le tuteur et le subrogé tuteur ⁽¹⁶⁾. Pareille solution a été donnée, pour le Palatinat rhénan, par l'article 18 de la loi du 26 avril 1888 ⁽¹⁷⁾.

Les Codes allemand et suisse, continuant dans cette voie, ont encore réduit le nombre des membres du Conseil de famille. Ceux-ci doivent être au minimum deux et au maximum six, plus le juge de tutelle, d'après le Code civil allemand ⁽¹⁸⁾ ; et le Code suisse déclare que le Conseil se compose d'au moins trois parents ou alliés ⁽¹⁹⁾. Cependant, en Suisse comme en Allemagne, le tuteur ne fait pas partie du Conseil de famille.

(14) C. civ. ital., art. 251, al. 1^{er}.

(15) C. civ. ital., art. 251, al. 2 : « *Faranno altresì parte del consiglio di famiglia il tutore, il protutore...* ». — Une interprétation erronée de cet article a fait dire à quelques auteurs que le Conseil de famille italien se composait, outre le prêteur, de quatre membres au lieu de six : v. notamment, HUC, *Le Code civil italien*, p. 105 ; H. MARTIN, *op. cit.*, p. 91 ; R. JANVIER, *Le Conseil de famille et la tutelle française*, etc..., thèse Poitiers, 1928, p. 121.

(16) *Ann. législ. étrang.*, 1874, p. 558.

(17) *Ann. législ. étrang.*, 1889, p. 353.

(18) C. civ. allem., art. 1860.

(19) C. civ. suisse, art. 364.

En définitive, on pourrait, semble-t-il, fixer à quatre le nombre des parents et alliés devant, avec le juge de paix, composer le Conseil de famille et le tuteur serait compris dans ce nombre. Exclure le tuteur de l'assemblée familiale, c'est évidemment donner à cette dernière plus d'indépendance et peut-être rendre son contrôle plus efficace ⁽²⁰⁾, mais, d'autre part, « sa présence y est utile, nécessaire même pour fournir au Conseil les renseignements dont il a besoin s'il veut prendre une décision en connaissance de cause. Il va sans dire que le tuteur ne pourra pas assister à la délibération, s'il y a un intérêt personnel ; c'est le droit commun » ⁽²¹⁾.

Il reste enfin une solution intermédiaire et qui, selon nous, est la bonne. C'est celle adoptée par le Code civil italien et par l'avant-projet Laurent ; le tuteur fait bien partie du Conseil de famille et assiste à ses délibérations (sauf au cas qui vient d'être cité), mais il n'y a que voix consultative, il ne vote pas.

L'inconvénient est qu'en réduisant ainsi à quatre le nombre des votants, on rend possibles les cas de partage des voix. Mais cela peut se produire même dans le régime actuel, surtout dans le cas visé par l'article 408 du Code civil, quand le Conseil est composé de frères germains en surnombre. Et, en définitive, la pratique ne nous révèle-t-elle pas que, la plupart du temps, le juge de paix se prononce, après les autres membres, pour se rallier à la majorité ? D'un autre côté, la solution proposée évite la critique si souvent adressée aux

⁽²⁰⁾ *Motive*, t. IV, p. 1212.

⁽²¹⁾ LAURENT, *Avant-projet*, t. II, p. 244.

sociétés commerciales où l'administrateur vote son propre quitus. En définitive, le Conseil de famille aurait la composition suivante : a) le juge de paix président ; b) trois autres membres votants — ou davantage, dans le cas de l'article 408 actuel du Code civil qui serait maintenu, mais seulement à titre facultatif (on ne pourrait jamais appeler comme membre contre son gré, le frère ou la sœur du pupille, si le nombre prescrit était déjà atteint) ; c) le ou les tuteurs, n'ayant que voix consultative.

Ceci dit, le juge de paix devrait avoir pleine liberté dans le choix des parents ou alliés qu'il doit appeler au Conseil de famille. Il ne saurait y avoir ici, pas plus que pour le tuteur, de vocation légale.

Et d'abord, la proximité de degré, le sexe et l'âge, quoique devant, en général, être pris en considération, ne devraient pas toujours être déterminants. Il vaut mieux, dans l'intérêt du pupille, choisir, parmi ses proches, ceux qui paraissent le plus capables, ceux qui lui témoignent le plus d'affection, ceux qui, habitant à courte distance, demanderont des frais de déplacement moins élevés ⁽²²⁾. Ainsi en ont décidé les Codes allemand et suisse ⁽²³⁾.

D'autre part, le partage égal des membres par lignes a aussi des inconvénients en pratique. Il arrive, en effet, que les parents de la ligne paternelle ou maternelle soient en nombre insuffisant, alors que ceux de l'autre ligne pourraient utilement combler les vides. Devra-t-on, dans

(22) Nous proposons ci-après (*infra*, p. 113) de rendre la comparaison personnelle des membres obligatoire.

(23) *Motive*, t. IV, p. 1210. — ROSSEL et MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, s. d., t. I, p. 414.

ce cas, appeler des *amis* ? Ce serait fâcheux. Il arrive aussi que les parents du côté paternel ou du côté maternel aient à l'égard du pupille des sentiments d'affection bien plus vifs que les autres qui s'en désintéressent ou qui lui témoignent peut-être des sentiments inverses. Devra-t-on également, dans ce cas, appeler des *amis* pour écarter les éléments indésirables ? Ici encore, le magistrat devrait exercer son choix en pleine indépendance. C'est ce qui a lieu, d'ailleurs, non seulement en Allemagne et en Suisse ⁽²⁴⁾, mais encore en Italie, où les membres du Conseil de famille peuvent être pris tous dans la famille du père comme dans celle de la mère, suivant la proximité de leur parenté ou le caractère de leurs relations ⁽²⁵⁾. Bref, il y aurait lieu de donner, chez nous, au Conseil de famille, un caractère datif absolu.

De ce fait, et en réduisant à quatre, à part le juge de paix, le nombre des membres du Conseil de famille, on éviterait, dans beaucoup de cas, de faire intervenir des personnes étrangères à la famille, et l'assemblée mériterait davantage son nom de Conseil de famille. Si cependant les parents ou alliés étaient encore parfois en nombre insuffisant, le juge de paix pourrait, là aussi, avoir une plus grande latitude d'action et convoquer d'autres personnes que ces « citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur », personnes qui, elles aussi, peuvent

(24) *Motive*, t. IV, *loc. cit.* : « *Freies Ermessen des Vormundschaftsgerichtes* ». — ROSSEL et MENTHA, *ibid.*

(25) Il y a cependant, d'après le Code civil italien, des parents qui, de droit, font partie du Conseil de famille : ainsi les ascendants mâles du mineur, les frères germains et les oncles. — Cf. C. civ. ital., art. 252.

faire défaut. Et, dans ce cas, on pourrait permettre au juge de paix de convoquer des personnes honorables, membres d'associations charitables ou de bureaux de bienfaisance. C'est ainsi que le Code civil espagnol dit qu'à défaut de parents, « on les remplacera par des personnes honorables en préférant toujours les amis du père et de la mère » (26).

Il y a lieu de noter, enfin, qu'en Suisse, comme en Allemagne, le Conseil de famille ne peut être composé que de parents ou alliés, à l'exclusion de toute personne étrangère à la famille, et que la nomination des membres n'a pas, pour ceux-ci, un caractère obligatoire : ils sont libres d'accepter ou de refuser. La question est cependant douteuse dans le droit suisse ; MM. ROSSEL et MENTHA admettent que la charge de membre du Conseil de famille est obligatoire. Mais, comme, dans ces pays, l'institution d'un Conseil de famille est une chose exceptionnelle — la haute tutelle étant normalement remise à l'Etat — on conçoit fort bien que les *amis* en soient exclus et que la charge de membre ne soit pas obligatoire. Cela, par contre, ne saurait être admis chez nous, ni dans les pays qui ont fait du Conseil de famille un rouage normal de la tutelle.

C. — Haute tutelle d'Etat.

§ 1. — Protection des enfants naturels.

Une des rares applications qui aient été faites, en France, de la haute tutelle d'Etat, a été l'œuvre de la

(26) C. civ. espagnol, art. 294.

loi du 2 juillet 1907 (modifiant plusieurs articles du Code civil et complétant notamment l'article 389) relative à la protection et à la tutelle des enfants naturels. En fait, cette application ne constitue nullement un argument en faveur de l'abandon général du principe de la haute tutelle familiale : pour un mineur qui — à part le père ou la mère qui l'a reconnu — n'a légalement aucune famille, la constitution d'une assemblée de parents est juridiquement impossible. Dans ces conditions, il était juste de confier la protection du pupille, à défaut de famille, à un organe étatique.

C'est ainsi que la loi de 1907 décide que « les fonctions dévolues au Conseil de famille des enfants légitimes sont remplies, à l'égard des enfants naturels, par le Tribunal de première instance... », lequel « statue en Chambre du Conseil... »⁽²⁷⁾. Cette nouvelle mission du Tribunal n'a, en général, soulevé que peu d'objections de la part des auteurs⁽²⁸⁾ ; d'ailleurs, la loi de 1907 a, en général, été bien accueillie et a donné des résultats plutôt favorables⁽²⁹⁾.

On peut critiquer cependant que ce soit le Tribunal civil de première instance qu'on ait choisi pour exercer les fonctions du Conseil de famille, et d'autres organes ont été proposés à sa place. Ainsi, il a été question de *Conseils de tutelle* régionaux, composés, dans chaque

(27) C. civ. franç., art. 389 nouv., al. 13.

(28) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n^{os} 648, 669 et 670 ; COLIN et CAPITANT, *Cours élém.*, t. I, n^o 539 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n^o 1801 bis.

(29) A. GAUCHET, *La protection et la tutelle des enfants naturels d'après la loi du 2 juillet 1907*, thèse Paris, 1908, p. 110 et s. et p. 139.

centre, avec le concours purement philanthropique des bonnes volontés locales et qui seraient analogues aux *Conseils de famille* prévus pour les enfants assistés, par la loi sur le service des enfants assistés (loi du 27 juin 1904, art. 12, al. 1) ⁽³⁰⁾.

Quoi qu'il en soit, pour assurer une protection efficace aux enfants naturels, les tribunaux de première instance ne semblent pas autant qualifiés que le seraient, par exemple, les juges de paix. Le Tribunal civil est, en effet, un organe placé trop loin de ceux qu'il veut protéger et qui les ignore bien souvent ; de plus, il n'est pas spécialisé dans les matières de tutelle. Au contraire, le juge de paix est plus près du mineur et de l'entourage de celui-ci ; étant plus près et moins solennel que le Tribunal, il est, en même temps, plus accessible ; par ce fait encore, il est mieux renseigné, même s'il ne dispose pas d'un agent d'information analogue au *Gemeinde-waisenrat* et dont nous proposons plus loin la création ; enfin, si le juge de paix est moins spécialisé dans les affaires de mineurs que le juge des tutelles allemand, il a cependant en cette matière une expérience plus grande qu'un juge de Tribunal civil, par le fait qu'il concourt à la protection de l'enfance légitime bien plus souvent que n'intervient la Chambre du Conseil pour les enfants naturels. D'ailleurs, sans compter qu'avec ce système les enfants naturels sont privés d'un degré de juridiction (recours contre les décisions des Conseils de famille), on ne peut approuver une disposition qui confie la protec-

⁽³⁰⁾ Art. 11 du projet de loi de la Société d'études législatives sur la protection et la tutelle des enfants naturels, *Bull. ét. législ.*, 1901-1902, p. 576. — COLIN et CAPITANT, *Cours élém.*, t. I, *loc. cit.*

tion des mineurs tantôt au juge de paix (et à la famille), tantôt au Tribunal civil, et l'on peut voir ainsi des frères et sœurs, dont les uns, parce qu'ils sont légitimes, sont protégés par le premier, tandis que les autres, parce qu'ils sont naturels, se trouvent placés sous l'autorité tutélaire du second.

D'ailleurs, les législations étrangères partent du principe que la protection des enfants légitimes et celle des enfants naturels doivent être remises entre les mêmes mains, ou, tout au moins, que le même magistrat doit intervenir dans les deux cas. En Allemagne, le *Tribunal des tutelles* centralise toutes les affaires de tutelle; en Suisse, toutes ces affaires sont de la compétence de l'*autorité tutélaire*. En Italie, il est constitué, pour les enfants naturels, un conseil de tutelle (*consiglio di tutela*) qui ressemble beaucoup au Conseil de famille. « Si la filiation est légalement reconnue ou déclarée, ce Conseil se compose du préteur et de quatre personnes par lui choisies parmi celles qui ont eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère (*col genitore*). Dans le cas contraire, le Conseil de tutelle se compose de deux conseillers communaux ou de deux autres personnes choisies par le préteur. Pour le reste, sont applicables au Conseil de tutelle, *mutatis mutandis*, les dispositions concernant le Conseil de famille » ⁽³¹⁾. En Espagne, le Conseil de famille pour les enfants naturels se constitue d'après les mêmes règles que celui des enfants légitimes, en choisissant pour membres les pa-

(31) C. civ. ital., art. 261, al. 2 et 3.

rents du père ou de la mère qui les auront reconnus ⁽³²⁾ ; c'est là une inconséquence de la loi espagnole, car celle-ci ne reconnaît aucun lien de parenté entre l'enfant naturel et les parents de son père ou de sa mère ⁽³³⁾. Quant au Conseil de famille des enfants naturels non reconnus, il se forme avec le juge municipal qui en est le président et quatre voisins honorables ⁽³⁴⁾.

En définitive, comme nous l'avons dit, on pourrait modifier la loi de 1907 en confiant au juge de paix les fonctions dont elle avait chargé la Chambre du Conseil du Tribunal de première instance. Mais le juge de paix devrait-il accomplir cette mission seul, ou bien lui adjoindrait-on certaines personnes pour former une sorte de Conseil de famille ou de Conseil de tutelle ? Cette dernière solution serait préférable, afin de maintenir uniformément, dans le droit français de la tutelle, le principe de la collégialité ; (c'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles le législateur de 1907 avait confié à la Chambre du Conseil la protection des enfants naturels) ⁽³⁵⁾. L'assemblée qui se formerait avec le juge de paix comme président, présenterait quelque ressemblance avec le Conseil de tutelle italien ou espagnol, mais, au lieu de comprendre des *amis* ou des *parents*, les membres autres que le juge de paix seraient des notables de la région, des membres du bureau de bien-

(32) C. civ. espagnol, art. 302, al. 1.

(33) R. ROUSSE, *Condition juridique des enfants naturels en Espagne*. Biblioth. de l'Institut de droit comparé de Toulouse, *Etudes de droit privé espagnol*, III, 1929.

(34) C. civ. espagnol, art. 302, al. 2.

(35) Compar. A. COLLIN, *Rapport*, dans *Bull. ét. législ.*, 1901-1902, p. 572.

faisance ou des associations charitables. Ceux-ci seraient élus pour une durée déterminée — quatre ans, par exemple — par le Conseil d'arrondissement ⁽³⁶⁾.

Pour le surplus, seraient applicables à ce Conseil de tutelle, par analogie, toutes les règles concernant le Conseil de famille. Notamment, il n'y aurait pas lieu, croyons-nous, d'augmenter le nombre des membres : le juge de paix, trois membres élus, et le tuteur ayant voix consultative. Ainsi nous aurions un Conseil de tutelle du même genre que celui proposé par la Société d'études législatives ou que celui prévu par la loi de 1904 pour les enfants assistés. La principale différence qu'il présenterait avec l'un et l'autre, ce serait de faire intervenir le juge de paix de la même manière que dans la tutelle des enfants légitimes. Le trait commun serait, en tous cas, la garantie que donne la permanence de ce Conseil de tutelle et la spécialisation de ses membres.

§ 2. — *Protection des enfants assistés.*

Une autre application de la haute tutelle d'Etat avait été faite, en France, avant la loi de 1907 : c'est celle réalisée par la loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés. Bien entendu, il ne pouvait être question ici d'instituer une tutelle familiale : si les enfants naturels n'ont, légalement, qu'une famille restreinte, moralement les enfants assistés n'en ont aucune.

⁽³⁶⁾ L'article 11, al. 1, du projet de loi de la Société d'études législatives dit, au contraire : « par le Tribunal civil » ; et l'article 11 de la loi de 1904 sur le service des enfants assistés décide que l'élection se fera par le Conseil général.

Selon l'article 11 de la loi de 1904, les enfants assistés sont placés sous la tutelle du préfet ou de son délégué, l'inspecteur départemental de l'Assistance publique⁽³⁷⁾, et l'article 12 ajoute : « Le tuteur est assisté d'un Conseil de famille, formé par une commission de sept membres, élus par le Conseil général... ».

Evidemment, on pourrait critiquer le fait d'avoir, là encore, confié à d'autres mains la protection de toute une catégorie de mineurs, et d'avoir ainsi renoncé au concours du juge de paix, pourtant assez expérimenté en matière de tutelle. Cependant, ces critiques, dans le cas présent, seraient moins fondées. En effet, les enfants assistés forment, dans la minorité, une catégorie plutôt anormale et leur protection doit être assurée par un organisme extraordinaire ; ils vivent un peu en dehors de la société : la tutelle doit donc se transformer pour s'adapter à leur milieu. D'ailleurs, la commission de sept membres prévue par l'article 12 de la loi est, en général, composée de personnes honorables, désintéressées et compétentes, lesquelles ont souvent à s'occuper d'un nombre considérable de pupilles de l'Assistance publique. Par ce fait, cette commission acquiert une spécialisation comparable à celle des tribunaux de tutelle allemands, spécialisation qui s'exerce pour le plus grand profit des pupilles.

En Allemagne et en Suisse, comme nous l'avons dit, toutes les affaires de tutelles — celles des pupilles de l'Assistance publique incluses — sont centralisées aux

(37) Sauf dans le département de la Seine, où les pupilles sont soumis à la tutelle du directeur de l'administration générale de l'Assistance publique de Paris (même loi, même article, al. 2).

main du Tribunal de tutelle ou de l'autorité tutélaire. En Italie, « les enfants admis dans les hospices à quel-
« que titre et sous quelque dénomination que ce soit et
« dont on ne connaît point de parents capables de rem-
« plir les fonctions de tuteurs, sont confiés à l'adminis-
« tration de l'hospice dans lequel ils se trouvent, laquelle
« forme pour eux le *Conseil de tutelle* sans l'interven-
« tion du prêteur ; l'hospice peut, si les circonstances
« l'exigent, déléguer un de ses administrateurs pour
« exercer les fonctions de tuteur »⁽³⁸⁾. En Espagne, l'administration de chaque établissement de bienfaisance aura, sur les orphelins mineurs qui y seront recueillis, tous les droits qui appartiennent aux tuteurs et aux Conseils de famille⁽³⁹⁾.

Pour conclure, nous ne pensons pas que la loi de 1904 réclame une réforme en ce qui concerne la tutelle des enfants assistés. La seule chose que nous proposerions serait une modification de détail : il y aurait lieu de changer le nom de « Conseil de famille » que donne l'art. 12, al. 1, à la commission de sept membres dont nous avons parlé, et de le remplacer par celui de « Conseil de tutelle » qui, dans la même circonstance, était employé par la loi du 15 pluviôse an XIII (art. 1^{er}) et est employé actuellement par le Code civil italien (*consiglio*

(38) C. civ. ital., art. 262. — C'est la reproduction de l'article 1^{er} de notre loi des 15-25 pluviôse an XIII : « Les enfants admis dans les hospices, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit, seront sous la tutelle des commissions administratives de ces maisons, lesquelles désigneront un de leurs membres pour exercer, le cas advenant, les fonctions de tuteur, et les autres formeront le Conseil de tutelle ».

(39) C. civ. espagnol, art. 212. — A rapprocher de nos lois du 27 frimaire an V, art. 4, du 30 ventôse an V, art. 18, des 15-25 pluviôse an XIII, art. 1^{er} et de notre décret du 19 janvier 1811, art. 15.

di tutela, au lieu de *consiglio di famiglia*). On ne saurait donner le nom de « Conseil de famille » à une assemblée dont aucun membre n'est parent ou allié du pupille.

§ 3. — *Protection des mineurs alsaciens-lorrains.*

Nous avons dit, au début de cette étude ⁽⁴⁰⁾, que c'est la tutelle d'Etat qui fonctionne encore de nos jours dans nos trois départements recouvrés. La loi du 1^{er} juin 1924 y a maintenu, tout en y apportant quelques modifications de détail, le régime de la *Obrigkeitsliche Vormundschaft* qui fonctionne en Alsace-Lorraine depuis le 1^{er} janvier 1900.

C'est donc le Tribunal des tutelles — déjà mentionné plusieurs fois dans les pages qui précèdent — qui, dans ces départements, remplit le rôle dévolu, dans la métropole, au Conseil de famille, et il nous reste à voir de plus près cet organe tutélaire, rouage essentiel de la haute tutelle d'Etat.

Il y a lieu de remarquer avant tout que le Tribunal des tutelles — appellation consacrée par la loi de 1924 ⁽⁴¹⁾ — ne présente pas les caractères ordinaires d'un tribunal : il est constitué par un magistrat unique et il ne rend pas de jugement. Ce nom désigne l'activité du Tribunal cantonal — autrefois *Tribunal de bailliage* ⁽⁴²⁾ — constitué comme autorité tutélaire. Les tri-

⁽⁴⁰⁾ V. *supra*, p. 20 et s.

⁽⁴¹⁾ Loi du 1^{er} juin 1924, art. 17, 21, 22, etc... — Le décret du 11 avril 1920 (art. 4) l'appelait *tribunal de tutelle*.

⁽⁴²⁾ « Les tribunaux de bailliage... sont, sous la dénomination de *tribunaux cantonaux*, maintenus avec l'organisation, la compétence et les attributions qui résultent pour eux des lois locales en vigueur » (loi du 25 juillet 1923, art. 7).

bunaux cantonaux correspondent, quoique avec des attributions beaucoup plus importantes, à nos justices de paix⁽⁴³⁾. L'une de ces attributions a pris nom de *Tribunal des tutelles*.

C'est donc un magistrat, *le juge des tutelles*, qui, dans nos départements recouvrés, est chargé de la protection des incapables. Dans les ressorts peu importants, ce magistrat sera le seul juge du tribunal cantonal et cumulera, avec ses fonctions de juge des tutelles, celles de juge en matière contentieuse civile et pénale, de juge du livre foncier, de juge des successions, etc... Ailleurs, il sera spécialisé dans la protection des incapables et n'aura pas d'autres attributions. Enfin, poussant la spécialisation à l'extrême, dans les tribunaux cantonaux très importants (à Strasbourg et à Metz, notamment), les affaires de puissance paternelle⁽⁴⁴⁾ seront confiées à telle *section* du tribunal cantonal et les affaires de tutelle proprement dite à telle autre, et un juge pourra être nommé pour chacune de ces sections.

Le juge des tutelles remplit à lui seul les fonctions qu'exerce notre Conseil de famille. Ainsi qu'il est dit dans l'exposé des motifs de la loi de 1924, « ce que l'on a voulu uniquement, c'est substituer au Conseil de famille français le Tribunal des tutelles ». Cependant, les attributions du juge sont plus importantes par le fait

(43) NIBOYET, *Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et Lorraine*, 1925, t. I, V^e Organisation judiciaire, n^o 55 (notes A. CHÉRON).

(44) Nous avons vu (*supra*, p. 32 et n. 26) que, pour les mineurs alsaciens-lorrains, la tutelle ne s'ouvrait pas lors du décès du père ou de la mère, et qu'à la mort de l'un des parents, l'exercice de la puissance paternelle avec tous ses attributs normaux, notamment l'administration légale, passait aux mains du survivant.

que ses décisions ne sont pas sujettes à homologation. D'autre part, sa surveillance en ce qui concerne le tuteur est peut-être plus efficace que celle du Conseil de famille, surtout tel que nous le connaissons actuellement alors que celui-ci n'est pas permanent, tandis que le Tribunal des tutelles l'est nécessairement. Il peut enfin appeler auprès de lui le tuteur pour lui demander toute espèce de renseignements sur sa gestion ; il s'établit ainsi une collaboration entre le juge et le tuteur. A noter cependant que ce dernier conserve son initiative. Le juge a uniquement un droit de surveillance, non pas un droit de direction. Il ne peut imposer son opinion au tuteur ni en ce qui concerne l'administration de la fortune, ni en ce qui concerne l'éducation du mineur, par exemple dans le choix de la profession ou du métier ⁽⁴⁵⁾.

L'article 1838 du Code civil local ⁽⁴⁶⁾ déclarait le juge des tutelles responsable en cas de manquement à ses devoirs par préméditation ou par négligence (*vorsätzlich oder fahrlässig*) et l'article 839 du même Code décidait qu'il était tenu, comme tout fonctionnaire, de réparer le dommage causé même par négligence, à condition toutefois que la partie lésée ne puisse obtenir réparation par un autre moyen. Cette lourde responsabilité du juge n'existe plus ; désormais, depuis l'intro-

⁽⁴⁵⁾ F. SCHNEPP, *op. cit.*, p. 102. — NIBOYET, *Répertoire pratique*, t. I, V^o *Minorité*, n^o 71 (notes J. HAMEL).

⁽⁴⁶⁾ Ancien Code civil allemand maintenu en vigueur dans les départements recouvrés, bien qu'un très grand nombre de ses articles aient été abrogés. L'art. 6 de la loi du 1^{er} juin 1924 dit même : « Sont abrogés... le Code civil local... ». V. cependant même loi, art. 7, 1^o, 9^o, 10^o, 11^o, 12^o, art. 9, al. 1, art. 18, 19, 20, etc... — Cf. H. DEGAND dans NIBOYET, *Répert. prat.*, t. I, V^o *Théorie générale des lois*, n^o 150 et suivants.

duction des lois françaises; elle est régie par les dispositions du droit français relatives à la responsabilité des magistrats ⁽⁴⁷⁾.

De ce que le Tribunal des tutelles remplace, en Alsace et en Lorraine, le Conseil de famille ⁽⁴⁸⁾, il ne faut pas conclure que les avis de parents y soient inconnus. L'article 1847 du Code civil local dit notamment que « le Tribunal des tutelles, avant de prendre une décision, doit, à la requête du tuteur ou du subrogé tuteur, entendre les parents ou alliés du pupille, si cela peut se faire sans trop de retard et sans frais disproportionnés. Dans les affaires importantes, leur audition doit même avoir lieu d'office ; sont affaires importantes notamment : la *déclaration de majorité*, le consentement à mariage auquel il est suppléé dans le cas de l'article 1304 ⁽⁴⁹⁾, la ratification à laquelle il est suppléé dans le cas de l'article 1337 ⁽⁵⁰⁾, la *dénationalisation* et la *déclaration de décès* ».

(47) NIBOYET, *ibid.*, V^e *Minorité*, n° 73.

(48) Sauf dans les cas où il en est constitué un, selon les articles 1858 et s. C. civ. loc. (v. *supra*, p. 79).

(49) C. civ. loc., art. 1304 : « Celui qui est restreint dans sa capacité d'exercice des droits a besoin, pour contracter mariage, de l'autorisation de son représentant légal. Si le représentant légal est un tuteur, l'autorisation, refusée par lui, peut, à la requête du pupille, être suppléée par le Tribunal des tutelles. Le Tribunal des tutelles doit suppléer l'autorisation, lorsque la formation du mariage répond à l'intérêt du pupille ». — A rapprocher C. civ. loc., art. 1308 : « Si l'autorisation parentale (*pour le mariage*) est refusée à un enfant majeur, elle peut, sur sa requête, être suppléée par le Tribunal des tutelles. Le Tribunal des tutelles doit suppléer l'autorisation, lorsqu'elle est refusée sans raison grave. Avant de décider, le Tribunal des tutelles doit entendre les parents ou alliés de l'enfant, si cela peut se faire sans retard considérable et sans frais disproportionnés... »

(50) C. civ. loc., art. 1337 (concernant le mariage d'un pupille, dont la conclusion ou la confirmation a eu lieu sans autorisation du représentant légal) : « La contestation, par voie d'annulation, du

A la *dénationalisation*, prévue par cet article, doit être substitué désormais « l'exercice par le tuteur des options relatives à la nationalité française ou des renonciations anticipées à ces options ». D'autre part, « sont assimilées à la déclaration de majorité et à la déclaration de décès, l'émancipation et la déclaration d'absence » ⁽⁵¹⁾.

Comme affaire importante demandant éventuellement l'audition de parents, on peut citer encore l'autorisation donnée au mineur d'exploiter par lui-même une entreprise industrielle ou commerciale ; de même l'autorisation donnée au tuteur de l'exploiter au nom du pupille ; de même enfin le retrait de ces autorisations ⁽⁵²⁾.

Cette énumération n'est évidemment pas limitative, et cependant, il est rare, en pratique, qu'en dehors de ces cas, le Tribunal des tutelles demande avis aux parents ou alliés. Même dans les cas cités plus haut, leur audition n'étant pas absolument obligatoire, le juge peut fréquemment s'en dispenser en prétextant l'urgence, les difficultés de l'audition et les frais ⁽⁵³⁾.

D'autre part, quant au nombre des parents et alliés à entendre et quant à leur choix, entière liberté est laissée au Tribunal des tutelles, qui convoquera qui il vou-

« mariage, est exclue... quand le représentant légal approuve le mariage, ou quand l'époux, ayant droit à l'annulation, confirme le mariage, après être devenu pleinement capable d'exercice des droits. Si le représentant légal est un tuteur, l'approbation qu'il refuserait peut, à la requête de l'époux, être suppléée par le Tribunal des tutelles ; celui-ci doit la suppléer, lorsque l'intérêt de l'époux demande le maintien juridique du mariage... »

(51) Loi du 1^{er} juin 1924, art. 25, al. 1 et 2.

(52) PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Berlin, 1901, t. IV, § 1847, note 1.

(53) PLANCK, *ibid.*, § 1847, note 2.

dra et autant de personnes qu'il lui plaira ⁽⁵⁴⁾. Il peut, d'ailleurs, les convoquer isolément ou en groupe, ou encore, leur demander leur avis par simple lettre. Enfin, cet avis, verbal ou écrit, peut même parvenir au juge des tutelles indirectement par l'entremise d'un autre Tribunal des tutelles ou d'une autorité communale ou de police, ou enfin, par l'intermédiaire du conseiller communal des orphelins ⁽⁵⁵⁾.

Enfin, le juge n'est pas tenu de suivre l'avis des parents ; ceux-ci n'interviennent jamais qu'à titre consultatif ⁽⁵⁶⁾.

Ainsi nous voici loin, avec ce système, des assemblées de parents que connaissaient les pays de coutumes de l'ancienne France, où la famille concourait efficacement à la protection du mineur. Ici le rôle de la famille est réduit à la portion congrue. Sans doute, dans la plupart de nos anciennes coutumes, le juge n'était pas tenu de se conformer à l'avis des parents, bien que les cas où il usait de cette liberté fussent probablement très rares. Mais les assemblées de parents se constituaient suivant certaines formes ; en général, le choix des membres n'était pas laissé à l'arbitraire du juge et ceux-ci devaient être en nombre voulu pour composer l'assemblée. Par le fait même de cette organisation, leur avis avait nécessairement plus de force et devait même, à la fin de l'ancien régime, s'imposer au juge ⁽⁵⁷⁾. C'est surtout avant de désigner un tuteur que le juge devait

⁽⁵⁴⁾ PLANCK, *ibid.*, § 1847, note 3.

⁽⁵⁵⁾ PLANCK, *ibid.*, § 1847, note 4.

⁽⁵⁶⁾ PLANCK, *ibid.*, § 1847, note 5.

⁽⁵⁷⁾ H. MARTIN, *op. cit.*, p. 14.

prendre l'avis des plus proches parents du mineur ; or, il eût commis un véritable excès de pouvoir s'il n'avait pas rempli cette formalité essentielle.

Comme nous l'avons dit plus haut, le régime local doit, en principe, prendre fin à la date du 31 décembre 1934 ⁽⁵⁸⁾.

(58) Loi du 1^{er} juin 1924, art. 14.

SECTION II. — PERMANENCE DU CONSEIL DE FAMILLE

Sous l'expression « permanence du Conseil de famille », on comprend généralement la règle qui oblige l'assemblée à se composer, à chaque réunion, des mêmes membres. En ce sens, le Conseil de famille français n'est pas permanent ⁽¹⁾, et cela est, de l'avis de presque tous les auteurs, très regrettable.

Mais nous voudrions étudier, dans cette section, tout ce qui peut donner un caractère de permanence et un esprit de suite aux décisions du Conseil de famille. Il est évident que ce n'est qu'à cette condition que la haute tutelle pourra vraiment remplir sa mission et contrôler efficacement la gestion du tuteur. Nous aurons donc à examiner, non seulement la constitution du Conseil de famille en corps permanent, mais encore la question de la fixité du siège de la tutelle et, par conséquent, du lieu de réunion du Conseil, enfin la création éventuelle de registres ou de dossiers de tutelle.

A. — *Constitution du Conseil de famille en corps permanent.*

En France, le Conseil de famille ayant été réuni une première fois, il n'y a aucune obligation pour le juge

(1) COLIN et CAPITANT, *Cours élém.*, t. I, n° 493 *in fine* ; PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n° 447 *in fine* ; AUBRY et RAU, t. I, p. 594 et p. 595, note 6.

de paix de convoquer les mêmes membres, si, par la suite, d'autres réunions deviennent nécessaires. C'est regrettable, car les modifications dans la composition de l'assemblée peuvent dissimuler des fraudes. Ce n'est d'ailleurs que dans les cas où une fraude peut être prouvée que les tribunaux annuleront les décisions du Conseil dont la composition aura été modifiée (2). En fait, cependant, le juge de paix convoquera presque toujours les mêmes personnes aux réunions des Conseils de famille successifs d'un même mineur.

Presque toutes les législations étrangères, qui connaissent le Conseil de famille, le constituent en corps permanent. Ainsi en est-il en Italie (3), en Espagne (4), en Allemagne (5) et en Suisse (6). Il n'est pas besoin d'insister sur les avantages qu'il y aurait à introduire, chez nous aussi, cette permanence du Conseil de famille.

*B. — Le Conseil de famille doit-il toujours
être convoqué au même lieu ?*

Cette question, d'ailleurs liée à celle de la permanence *stricto sensu* du Conseil de famille, est plus déli-

(2) Bordeaux, 9 juin 1863, S. 1864.2.9 ; Cass., 28 mars 1911, S. 1917.1.116. — V. cependant Rouen, 9 décembre 1854, D. 1855.2.106 (cet arrêt admettait le principe de la permanence du Conseil de famille).

(3) C. civ. ital., art. 249, al. 1 : « *Verificandosi l'apertura della tutela è costituito un consiglio di famiglia permanente per tutto il tempo della medesima...* »

(4) H. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 79 et s.

(5) « Une fois constitué, le Conseil de famille forme un corps permanent et dure jusqu'à ce qu'il ait été dissous par le Tribunal des tutelles ou qu'il prenne fin avec la tutelle elle-même ». F.-K. WEBER, *Die Fürsorge für eheliche Minderjährige nach deutschem und französischem Recht*, Erlangen, 1916, p. 158. — *Motive*, t. IV, p. 1208 *in fine*.

(6) C. civ. suisse, art. 364, al. 1 : « Il (le Conseil de famille) est constitué pour quatre ans... ». — On peut critiquer cette durée trop courte et, d'ailleurs, le fait lui-même d'avoir établi un délai.

cate à résoudre. En principe, l'intérêt de tous, et particulièrement du mineur, est que le Conseil de famille se réunisse toujours au même lieu, et cela doit être aussi la règle. Il y a des cas cependant où cette règle ne pourra que difficilement recevoir son application, ainsi lorsque le tuteur aura, ou que plusieurs membres du Conseil de famille auront, transporté leur domicile très loin du lieu de réunion primitif. Il y aura intérêt alors à réunir ailleurs l'assemblée familiale, et une exception à la règle devient nécessaire.

En cette matière, les tribunaux font la distinction entre les réunions où l'on statue sur l'organisation de la tutelle, c'est-à-dire concernant le personnel de la tutelle, et celles que nécessite le fonctionnement de la tutelle (ainsi pour autoriser le tuteur à faire un acte de gestion). Les premières doivent toujours se faire au lieu d'origine de la tutelle, les autres peuvent valablement délibérer au lieu où se trouve actuellement le domicile du mineur, c'est-à-dire chez son tuteur ⁽⁷⁾.

Le Sénat a adopté, le 17 juin 1930, une proposition de loi Pol Chevalier ⁽⁸⁾ qui réglemente notamment la question du déplacement du siège initial de l'assemblée familiale. Dorénavant, le Conseil de famille se réunirait

(7) Cass., 4 mai 1846, D. 1846.1.129, S. 1846.1.465 ; Cass., 2 mars 1869, D. 1869.1.199, S. 1869.1.151. — A noter cependant que la Cour de cassation belge s'est prononcée d'une manière absolue pour l'immutabilité du domicile de la tutelle (Cass. belge, 7 mai 1883, S. 1885.4.10 ; Dalloz *suppl.*, t. X, p. 674, note 3). — PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n° 1775, note 1.

(8) P. VOIRIN, *Notes parlementaires de droit civil*, dans *Revue trim.*, 1930, p. 886 et s.

dans le canton du domicile où la tutelle se serait ouverte si *deux au moins des parents* appelés à le composer étaient domiciliés dans cette commune ou dans un rayon de vingt kilomètres, sinon dans le canton du domicile du mineur. Or, cette solution, qui n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés pratiques ⁽⁹⁾, a l'inconvénient de manquer de netteté et de permettre un certain flottement : ne pourra-t-on négliger ou faire intervenir ces *deux parents*, suivant qu'on veut réunir le Conseil dans un lieu ou dans un autre, puisque, pratiquement, les irrégularités de composition du Conseil de famille ne sont attaquables que s'il y a eu fraude ou préjudice envers le mineur ? ⁽¹⁰⁾

Plus nette, mais peut-être moins pratique, est la solution que donne à cette question la loi allemande. En Allemagne, le siège du Conseil de famille ne peut être changé que par une décision du Conseil de famille lui-même ⁽¹¹⁾ ; cette décision — d'après la loi sur la juridiction gracieuse — ne peut être prise que pour *motifs graves*. Or, « dans la règle, le changement de domicile du pupille est à considérer comme motif grave » ⁽¹²⁾. Cette solution a des inconvénients pratiques ; c'est une perte inutile de temps et d'argent que d'imposer aux membres du Conseil un déplacement long et coûteux pour comparaître au siège initial de l'assemblée unique-

⁽⁹⁾ P. VOIRIN, *ibid.*, p. 889-890.

⁽¹⁰⁾ V. *supra*, p. 82 et note 6.

⁽¹¹⁾ Loi du 17 mai 1898 sur la juridiction gracieuse (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*), art. 46, al. 1, et C. civ. allem., art. 1872, al. 1 combinés. — Cf. *Motive*, t. IV, p. 1220.

⁽¹²⁾ NURCK, *Systematische Darstellung des in Elsass-Lothringen geltenden Bürgerlichen Rechts*, Metz, 1901, p. 869.

ment pour y décider qu'à l'avenir les réunions se feront, d'une façon plus commode, dans un lieu moins éloigné.

Mais c'est le Code italien qui, à ce sujet, contient la disposition la plus intéressante : si le tuteur est domicilié ou transporte son domicile dans un autre ressort, le siège du Conseil pourra être transféré par décision (*decreto*) du Tribunal civil ⁽¹³⁾.

En législation, on pourrait combiner la disposition du droit italien et celle du droit allemand, en déclarant que le Conseil de famille pourra se réunir dans un autre lieu, pour motif grave ; car, en définitive, il peut y avoir, à ce déplacement, d'autres raisons sérieuses que le changement de domicile du tuteur, et, par conséquent, de son pupille ⁽¹⁴⁾.

De toute façon, le déplacement du siège de l'assemblée demeurerait exceptionnel, et ce n'est que juste, car il s'opposera souvent au principe de la permanence. En effet, si l'on autorise ce transfert, on devra permettre également, dans beaucoup de cas, que tels des membres soient remplacés par d'autres.

C. — *Registres et dossiers de tutelle.*

Pour renforcer le caractère de permanence du Conseil de famille, il y aurait lieu de prévoir l'institution d'un registre relatant, pour chaque tutelle, les princi-

(13) C. civ. ital., art. 249, al. 2. — Cet alinéa a été reproduit à peu près tel dans l'art. 409 de l'avant-projet Laurent. Cf. LAURENT, *Avant-projet*, t. II, p. 251, note 1.

(14) Ainsi, au lieu de la notion de *domicile*, on peut faire intervenir celle de *siège principal des affaires*. — Cf. C. civ. ital., art. 249, al. 1.

paux actes et événements qui intéressent la gestion tutélaire, ainsi pourrait-on suivre le fonctionnement de celle-ci d'un bout à l'autre, et cela permettrait d'assurer plus facilement l'unité et la continuité dans l'action, si nécessaires à la bonne administration des affaires du pupille. C'est ce qu'ont très bien compris les législations étrangères, ainsi les droits italien, espagnol, allemand et suisse. Mais cela n'a, malheureusement, pas encore été réalisé en France.

A titre d'exemple, on nous permettra de reproduire ci-après textuellement les articles 288 à 292 du Code civil espagnol, qui organisent un *registre des tutelles* :

« Art. 288. — Dans les tribunaux de première instance, il y aura un ou plusieurs livres où l'on tiendra note des tutelles constituées dans l'année sur le territoire de leur ressort.

« Art. 289. — Ce livre sera sous la garde du greffier qui fera les mentions gratuitement.

« Art. 290. — Le registre devra contenir pour chaque tutelle :

« 1° Le nom, le prénom, l'âge, le domicile du mineur ou de l'incapable, l'étendue et les limites de la tutelle quand elle a été déclarée judiciairement ;

« 2° Le nom, le prénom, la profession et le domicile du tuteur et la mention qu'il est testamentaire, légitime ou datif ;

« 3° Le jour où la tutelle a été déférée, et celui où l'on a fourni la garantie exigée du tuteur, en indiquant la nature des biens qui la constituent ;

« 4° La pension alimentaire qui a été assignée au mineur ou à l'incapable, ou la déclaration que les fruits se compensent avec les aliments.

« Art. 291. — Au pied de chaque inscription, on fera constater, au commencement de l'année judiciaire, que le tuteur a rendu compte de sa gestion dans les cas où il y est tenu.

« Art. 292. — Les juges vérifieront annuellement ces registres et prendront les mesures nécessaires dans chaque cas pour défendre les intérêts des personnes soumises à la tutelle. »

Une des dispositions les plus intéressantes est peut-être celle de l'article 291 qui ne permet pas d'éluder la reddition de compte annuelle. Nous aurions tout intérêt à adopter, en France, un registre des tutelles organisé sur des bases analogues. Cependant, au lieu d'instituer ce registre auprès du greffe du Tribunal de première instance, comme le fait l'article 288 du Code espagnol ⁽¹⁵⁾, il serait préférable, selon nous, de le laisser au greffe de la Justice de paix. Le Code civil italien, dont les articles 343 à 349 sont consacrés au registre des tutelles, déclare que celui-ci sera tenu auprès du préteur.

⁽¹⁵⁾ La solution espagnole se justifie dans une certaine mesure attendu que le juge municipal en Espagne est un magistrat d'un niveau sensiblement inférieur à celui du juge de paix français ou du préteur italien. D'ailleurs, la principale mission — et presque la seule — du juge municipal en matière de tutelle, est de constituer le Conseil de famille, mais normalement il ne préside pas ce Conseil et n'en fait pas partie ; en ce sens, la tutelle espagnole est presque exclusivement familiale. — Sur le registre des tutelles en Espagne, v. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 100, 101.

Pour atteindre pleinement son but, la création d'un tel registre doit entraîner normalement la création de *dossiers* de tutelle. Ces dossiers contiendraient l'original ou une copie conforme de l'inventaire (ou des inventaires, dans le cas où d'autres biens auraient échu au pupille depuis l'ouverture de la tutelle), des comptes du tuteur, des délibérations du Conseil de famille, etc... Toutes ces pièces, pour chaque pupille, se trouveraient réunies dans un dossier à son nom, et notées, en regard du même nom, sur le registre des tutelles. Quand, exceptionnellement, le siège du Conseil de famille devrait être transporté dans un autre canton, c'est au nouveau greffe compétent que serait transmis le dossier du pupille ; à l'ancien, il serait simplement fait mention de ce dessaisissement sur le registre des tutelles. De cette façon, malgré le déplacement du siège et malgré peut-être le changement des membres en résultant, on conserverait au Conseil de famille un certain élément de permanence.

SECTION III. — DÉLIBÉRATIONS DU CONSEIL DE FAMILLE

A. — *Nature des actes du Conseil de famille.*

Le Conseil de famille ne constitue pas un tribunal et les décisions qu'il rend ne sont pas des jugements. Ses décisions sont qualifiées *délibérations* au sens strict. Elles sont, en général, exécutoires *de plano* et ont force obligatoire. Ce ne sont donc plus — comme c'était le cas sous l'ancien régime, et comme cela existe encore actuellement en Hollande ⁽¹⁾ — des avis rendus à titre simplement consultatif et auxquels le juge n'était pas tenu de se conformer ⁽²⁾.

Ainsi, en attribuant à la famille une part prépondérante dans la protection des incapables, on lui a reconnu en cette matière une compétence et une autorité qu'elle tenait déjà du droit naturel sinon du droit positif.

B. — *Comparution personnelle des membres.*

Que cette autorité ait été reconnue légalement à la famille, on ne peut qu'en louer les rédacteurs du Code Napoléon. Encore faudrait-il cependant que la famille

(1) C. civ. holland., art. 388 et suiv. — M. TRAVERS, *Etude sur le mouvement législatif des Etats voisins de la France en matière de tutelle des mineurs pendant ces vingt dernières années*, dans *Bull. législ. comp.*, 1913, p. 368 et suiv.

(2) Le Conseil de famille peut cependant être appelé à donner son avis sur une question qui lui est soumise par le Tribunal ou par le tuteur. Il s'agit alors d'un *avis* et non d'une *délibération*. V. notamment C. civ., art. 494, 2143.

ne puisse se dérober à ses devoirs et qu'elle prenne conscience de son rôle. Or, en ce sens, les rédacteurs du Code ont été moins bien inspirés en permettant (article 412, al. 1) aux membres du Conseil de famille de se faire représenter au Conseil par un mandataire, et cela sans motif spécial. Cette tolérance a donné lieu, ainsi que nous l'avons signalé⁽³⁾, à de graves abus. Le droit de vote ne devrait jamais pouvoir être exercé par mandataire : un mandat impératif, ici, serait d'ailleurs frappé de nullité⁽⁴⁾. Et cependant, en fait, le mandataire votera presque toujours dans le sens qui lui aura été indiqué par son mandant, ce qui paralyse la libre discussion et rend absolument inutile toute délibération. Aussi, les Codes étrangers qui admettent l'institution du Conseil de famille, exigent-ils la comparution personnelle des membres. Il en est ainsi en Allemagne⁽⁵⁾, en Suisse⁽⁶⁾, en Italie⁽⁷⁾, en Espagne⁽⁸⁾, au Portugal⁽⁹⁾ et dans les Pays-Bas⁽¹⁰⁾. Nous aurions tout intérêt à adopter, en France, le même principe.

(3) V. *supra*, p. 18.

(4) Paris, 29 juin 1931, D. H. 1933, n° 9, *Sommaires*, p. 8.

(5) « ... Les membres du Conseil de famille ne peuvent exercer leurs fonctions qu'en personne... » (C. civ. allem., art. 1872, al. 2). — « L'admission de mandataires détruit le principe familial (*Familienprinzip*) et diminue les avantages du Conseil de famille » (*Motive*, t. IV, p. 1221).

(6) Le Code civil suisse, en organisant la tutelle privée (art. 362 à 366), ne prévoit nulle part la représentation par mandataires. — Cf. ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, t. I, p. 413 et s.

(7) C. civ. ital., art. 255, al. 1.

(8) C. civ. espagnol, art. 306.

(9) C. civ. portugais, art. 213.

(10) C. civ. hollandais, art. 389, modifié par la loi du 15 novembre 1876 (*Ann. législ. étrang.*, 1877, p. 509).

C. — *Quorum. — Mode de délibération.*

Comme nous avons proposé de réduire à quatre, plus le juge de paix, le nombre des membres du Conseil de famille, le quorum nécessaire pour prendre une délibération valable serait de trois, plus le juge de paix. En cas d'absence injustifiée, le membre défaillant se verrait infliger une amende ; en cas d'absence répétée, le Conseil de famille prononcerait son exclusion et veillerait à son remplacement dans le plus bref délai. Quant aux délibérations elles-mêmes, elles seraient prises à la majorité absolue des suffrages, et le juge de paix continuerait à y avoir voix prépondérante en cas de partage.

D. — *Intervention du mineur.*

On a souvent critiqué le système de la loi française qui tient le mineur, jusqu'à sa majorité, complètement à l'écart de la gestion de sa propre fortune⁽¹¹⁾. L'émancipation n'a lieu, en pratique, qu'exceptionnellement⁽¹²⁾ ; or, il importe que le mineur soit initié, petit à petit, à ses propres affaires, et, pour atteindre ce but, un moyen très simple consiste à l'admettre, dans certains cas, aux délibérations du Conseil de famille. Cette idée a été réalisée dans plusieurs législations étrangères qui décident qu'à partir d'un certain âge, le mineur doit être appelé à donner son avis. En Italie, la

(11) V. notamment COLIN et CAPITANT, *Cours élém.*, t. I, n° 493 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 310 a ; BEUDANT, t. II, n° 834.

(12) PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n° 1983.

réunion du Conseil de famille est notifiée au mineur ayant accompli sa seizième année, et celui-ci a le droit d'y assister, avec voix consultative⁽¹³⁾. En Espagne, « le pupille, s'il a plus de quatorze ans, a le droit d'assister au Conseil de famille et d'y être entendu »⁽¹⁴⁾. Mais, là comme en Italie, la non-comparution du pupille n'empêchera pas le Conseil, en principe, de prendre une délibération valable.

En Suisse, « le pupille sera, si possible, consulté pour tous les actes importants d'administration, lorsqu'il est capable de discernement et âgé de seize ans au moins »⁽¹⁵⁾. En Allemagne, l'audition du pupille doit avoir lieu avant de statuer sur l'approbation des actes les plus graves de la tutelle, surtout si le mineur a accompli sa dix-huitième année⁽¹⁶⁾.

A titre documentaire, nous donnons ci-dessous la liste des actes qui sont considérés comme tels d'après la loi allemande :

1° Les contrats d'apprentissage, de louage de services et de louage d'ouvrage, si ces contrats sont conclus pour plus d'une année⁽¹⁷⁾ ;

(13) « *Il minore, dopo compiuti i sedici anni, avrà diritto di assistere, ma senza voto deliberativo, al consiglio di famiglia, di cui gli sarà perciò notificata la riunione* ». C. civ. ital., art. 251, al. 3. COLIN et CAPITANT (*Cours élém.*, t. I, n° 493) écrivent à ce sujet : « ... dès que le mineur a atteint l'âge de seize ans, le Conseil de famille ne peut plus délibérer hors de sa présence », et GASTAMBIDE (*op. cit.*, p. 268) dit exactement la même chose et critique la formule italienne comme trop absolue. Ce n'est cependant pas le sens de cet alinéa : v. HUC, *Le Code civil italien*, t. I, p. 105.

(14) C. civ. espagnol, art. 308, al. 2.

(15) C. civ. suisse, art. 409, al. 1.

(16) C. civ. allem., art. 1827, al. 2.

(17) C. civ. allem., art. 1827, al. 1, et 1822, n° 6, 7 combinés.

2° Lorsque le mineur a atteint l'âge de quatorze ans, la renonciation à la nationalité, à moins que le père ou la mère de l'enfant, exerçant la puissance paternelle, ne fasse cette renonciation en même temps pour sa propre personne ⁽¹⁸⁾ ;

3° Lorsque le mineur a atteint l'âge de dix-huit ans :

a) l'acte par lequel on dispose d'un immeuble ou d'un droit sur un immeuble, ou tout engagement y relatif ;

b) l'acte par lequel on dispose d'une créance, dont l'objet est soit le transfert de la propriété d'un immeuble, soit la constitution ou le transfert d'un droit sur un immeuble, soit la libération d'un immeuble d'un droit de cette nature, ou tout engagement relatif à ce sujet ;

c) le contrat dont l'objet est l'acquisition à titre onéreux d'un immeuble ou d'un droit sur un immeuble ;

d) le contrat dont l'objet est l'acquisition à titre onéreux ou l'aliénation d'un établissement industriel ou commercial, et le contrat de société passé pour l'exploitation d'un tel établissement ;

e) l'approbation à donner pour commencer ou liquider une exploitation industrielle et commerciale ⁽¹⁹⁾.

Deux observations sont à ajouter : d'abord que cette énumération n'est pas limitative ⁽²⁰⁾, ensuite que l'audition du pupille n'est pas prescrite à peine de nullité ⁽²¹⁾.

A l'instar des législations étrangères, il y aurait lieu, en France, d'accorder au mineur un droit d'intervention

⁽¹⁸⁾ C. civ. allem., art. 1827, al. 1, et loi d'introduction au Code civil allem., art. 41 II combinés.

⁽¹⁹⁾ C. civ. allem., art. 1827, al. 2, 1821 et 1822, n° 3.

⁽²⁰⁾ PLANCK, *op. cit.*, § 1827, note 4.

plus largement ouvert qu'il ne l'est actuellement. N'y aurait-il pas intérêt, chez nous aussi, à admettre le pupille aux séances du Conseil de famille ? La réponse est évidemment affirmative. On pourrait donner au mineur, ayant accompli sa seizième année, le droit d'assister à toute réunion du Conseil de famille. De même, à la demande du juge de paix seul, ou de quelques membres de l'assemblée, le pupille pourrait être tenu d'assister à telle ou telle réunion. Enfin, pour les actes les plus graves (à peu près ceux qui viennent d'être cités) et à condition que le mineur soit âgé d'au moins seize ans, le Conseil de famille ne pourrait prendre aucune délibération hors de sa présence. De toute façon, le pupille n'aurait jamais voix délibérative.

E. — Responsabilité des membres.

Certaines législations étrangères apprécient assez sévèrement la responsabilité des personnes assumant la charge de la haute tutelle. Ainsi en est-il, d'après le Code civil suisse, de la responsabilité des membres des autorités de tutelle et — dans les rares cas où la tutelle est remise à la famille⁽²²⁾ — des membres du Conseil de famille. En Suisse, les membres des autorités de tutelle (et des Conseils de famille) doivent observer, dans l'exercice de leurs fonctions, la diligence d'un bon administrateur, laquelle, ainsi que nous le verrons⁽²³⁾, exige une activité plus soigneuse que celle du bon père de famille ; ils sont, d'ailleurs, responsables du dommage

(21) PLANCK, *op. cit.*, § 1827, note 2 ; *Motive*, t. IV, p. 1152.

(22) C. civ. suisse, art. 362.

(23) *Infra*, à propos de la responsabilité du tuteur.

qu'ils ont causé à dessein ou même par négligence ⁽²⁴⁾. Dans ce cas, les membres de *l'autorité tutélaire* répondent du dommage qui n'aurait pas été réparé par le tuteur, et les membres de *l'autorité de surveillance* ⁽²⁵⁾ répondent du dommage que n'auraient pas réparé ceux de l'autorité tutélaire. Enfin et en dernier lieu, mais toujours subsidiairement, c'est le canton qui est lui-même responsable ⁽²⁶⁾. C'est ce qu'on a appelé la *responsabilité en cascade* ⁽²⁷⁾ — image qui serait exacte, si les cascades pouvaient couler de bas en haut.

Cependant, cette responsabilité reste plutôt théorique. Comme nous l'écrivait M^e Carteret, notaire à Genève, « la responsabilité des membres des autorités de
« tutelle ne joue que très rarement. Depuis vingt ans
« que le Code civil suisse est en vigueur, je ne me rap-
« pelle pas avoir entendu parler d'une action en respon-
« sabilité intentée aux autorités de tutelle ou aux can-
« tons. Evidemment, cette responsabilité existe et je ne
« vois là qu'une garantie pour le mineur ».

En Allemagne, avant 1919, le juge des tutelles était tenu de réparer le dommage causé par sa faute ou par sa négligence ⁽²⁸⁾, et les membres du Conseil de famille étaient et continuent à être, de nos jours, responsables

(24) C. civ. suisse, art. 426.

(25) La haute-tutelle comprend, en Suisse, deux rouages : l'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance ; cette dernière peut elle-même se dédoubler et former deux instances. L'expression « autorités de tutelle » désigne l'ensemble de la haute-tutelle publique. — C. civ. suisse, art. 361.

(26) C. civ. suisse, art. 427.

(27) A. DELESSERT, *op. cit.*, p. 71 et s.

(28) C. civ. allem., art. 839 et 1848.

de la même façon ⁽²⁹⁾. Mais actuellement, en ce qui concerne le juge des tutelles, si sa responsabilité s'apprécie encore de la même façon, ce n'est plus à lui qu'on doit s'adresser pour obtenir réparation du dommage, mais à l'Etat ⁽³⁰⁾.

Quelle est, en Russie soviétique, la responsabilité des fonctionnaires de la haute tutelle ? Ni le premier Code de la famille, ni le nouveau, ne nous le disent. Il semble que, pratiquement, les fonctionnaires ne soient pas responsables de leurs actes envers les particuliers, parce que « le pouvoir de l'Etat est sans limites » ⁽³¹⁾.

Dans le Code civil italien, pas plus d'ailleurs que dans le nôtre, il n'est question de la responsabilité des membres du Conseil de famille. On doit admettre par conséquent que, dans la péninsule comme chez nous, la responsabilité des membres est celle de droit commun. Chacun y répond de son dol (la faute lourde étant assimilée au dol). Il y a lieu d'observer, d'ailleurs, qu'en France, le juge de paix ne pourra être mis en cause que par la voie de la procédure compliquée de la prise à partie ⁽³²⁾.

(29) C. civ. allem., art. 1872, al. 2.

(30) « *Verlezt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten* ». Art. 131 de la Constitution de Weimar.

(31) BOGOLEPOW et autres, *Das Recht Sowietrusslands*, Tübingen, 1925, p. 32 (« *die Sowietdeklaration zieht der Regierungsgewalt keine Grenzen* »). — Cf. L. BACH, *Le droit et les institutions de la Russie soviétique*, Paris, 1923 : « Souvent les communistes deviennent des bureaucrates locaux, arbitraires et irresponsables, dont les exploits sont de notoriété publique ».

(32) Cass., 28 octobre 1924, D. H. 1924, p. 635. — R. JAPIOT,

D'après le Code civil espagnol, « les membres du Conseil de famille sont responsables du préjudice que la personne soumise à la tutelle aurait souffert par leur malice ou leur négligence coupable.

« Sont exempts de cette responsabilité les membres qui auraient protesté contre la décision qui a causé le préjudice » (33).

Or, la solution que donne le Code civil espagnol n'est pas sans danger ; elle fait penser à la responsabilité des parents nominateurs dans l'ancienne coutume de Bretagne. Le préambule de l'*Edit des Tutelles* de Bretagne constate que la qualité de parent nominateur était devenue si onéreuse et si redoutable que les parents les plus proches ne cherchaient qu'à s'en exempter. Et POUILLAIN DU PARC ajoute : « Avant l'Edit, les seuls parents qui
« avaient donné leurs voix pour le tuteur institué, et
« ceux qui avaient laissé défaut, étaient cautions de son
« administration. Les parents qui avaient donné leurs
« suffrages à un autre, étaient à couvert de toute re-
« cherche. Cela produisait deux inconvénients. Le pre-
« mier, que les événements de la tutelle retombaient sur
« un petit nombre de parents. Le second, que, pour se
« mettre à couvert de ces événements, il y avait tou-
« jours, dans chaque comparant de tutelle, des nomina-
« teurs qui affectaient de donner leurs voix à des pa-
« rents qu'ils prévoyaient ne devoir pas être institués ;
« en sorte qu'au lieu de concourir à choisir le plus ca-

Jurisprudence française en matière de procédure civile, dans Revue trim., 1925, p. 176 et 177.

(33) C. civ. espagnol, art. 312 et 313.

« pable, on ne s'appliquait qu'à éluder les effets de la
« qualité de nominateur » ⁽³⁴⁾.

Cependant, on peut dire qu'en général, le principe de la responsabilité des membres des assemblées de parents était étranger aux pays de coutumes de l'ancienne France. Dans le projet présenté par Berlier à la séance du Conseil d'Etat du 20 frimaire an X, l'article 74 prévoyait encore la responsabilité des parents nominateurs en cas d'insolvabilité du tuteur antérieure à sa nomination. A la suite de plusieurs observations, faites notamment par Maleville, Bigot-Préameneu et Tronchet, cet article fut supprimé lors de la séance du 29 vendémiaire an XI ⁽³⁵⁾.

Quoi qu'il en soit, nous estimons que la responsabilité de droit commun est ici largement suffisante, et qu'il n'est même pas de l'intérêt du pupille d'exiger davantage des membres du Conseil de famille. A une époque où chacun s'empresse de fuir toute responsabilité, ce ne serait pas de bonne politique que d'aggraver la situation de ceux qui se voient imposer une charge sans profit et qui remplissent une fonction gratuite.

⁽³⁴⁾ POULLAIN DU PARC, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, t. I, p. 312, 313.

⁽³⁵⁾ LOCRÉ, *op. cit.*, t. VII, p. 144, 191.

SECTION IV. — HOMOLOGATION ; RECOURS CONTRE
LES DÉCISIONS DU CONSEIL DE FAMILLE

A. — *Homologation.*

Les délibérations *stricto sensu* que rend le Conseil de famille ne sont pas toutes exécutoires par elles-mêmes ; il en est toute une série qui nécessitent l'homologation du Tribunal de première instance. L'homologation est, en définitive, une *approbation*, donnée par une autorité supérieure, à certains actes graves ⁽¹⁾. En soi, l'homologation n'est pas autre chose qu'une approbation donnée, en France, par l'autorité judiciaire à certaines délibérations du Conseil de famille. Or, une approbation ne peut être qu'accordée ou refusée, et le Tribunal ne pourrait substituer, de sa propre autorité, une délibération nouvelle à celle dont l'homologation était requise ⁽²⁾. La jurisprudence a admis, cependant, assez récemment, que l'homologation pouvait n'être accordée que partiellement ou même conditionnellement ⁽³⁾. Il n'en reste pas

(1) C. civ., art. 458, 467 ; loi du 27 février 1880, art. 2.

(2) Cass., 9 février 1863, D. 1863.1.85, S. 1863.1.113 ; Cass., 17 décembre 1867, S. 1868.1.66. — PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n° 1794 ; DEMOLOMBE, *Traité*, t. I, n° 749 bis ; AUBRY et RAU, t. I, p. 614 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 417 *in fine*. — CONTRA COLIN et CAPITANT, *Cours élém.*, t. I, n° 499.

(3) Cass., 30 janvier 1924, D. 1924.1.49, note Savatier ; Cass., 12 janvier 1921, D. 1922.1.177, note Savatier ; Cass., 24 décembre 1924, D. 1925.1.62, S. 1925.1.165. — E. GAUDEMET, *Jurisprudence française en matière de droit civil*, dans *Revue trim.*, 1924, p. 338 et s.

moins vrai que le Tribunal ne saurait, sans commettre un abus de pouvoir, modifier la délibération qui lui est soumise en se substituant au Conseil de famille⁽⁴⁾. Pratiquement, il est très rare que le Tribunal refuse son homologation à une délibération du Conseil, et si, parfois, cette dernière ne lui semble pas parfaite à maints égards, il sera, en général, de l'intérêt du pupille que l'approbation soit accordée plutôt que refusée. De l'avis de nombreux praticiens, l'homologation ne sert pas à grand'chose, sinon à alourdir le mécanisme de la tutelle et à grever le patrimoine du mineur de frais inutiles.

Les législations étrangères se sont, pour la plupart, rendu compte de l'inutilité de l'homologation et l'ont laissée de côté^(4 bis).

Ainsi en est-il en Espagne. L'article 269 du Code civil espagnol énumère toute une série des actes les plus graves et que le tuteur pourra accomplir avec la seule autorisation du Conseil de famille. Or, l'autorisation est suffisante pour rendre ces actes parfaits. Le Tribunal n'intervient pas : on fait confiance à la famille⁽⁵⁾. Cet exemple est assez significatif, car, ainsi

(4) PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n° 1794.

(4 bis) Notons cependant que le Code civil italien a reproduit la nécessité de l'homologation à peu près telle qu'elle existe dans notre Code.

(5) Il y a cependant deux cas — exceptionnels — où le Tribunal peut être appelé à donner une autorisation ou une homologation : a) « si le tuteur est déjà entré dans l'exercice de sa charge » et que le Conseil de famille déclare son incapacité ou prononce « sa révocation, les résolutions que le Conseil de famille adopte » pour pourvoir aux intérêts de la tutelle, dans le cas où s'engage « un procès, ne pourront être exécutées sans la préalable autorisation de justice » (C. civ. espagnol, art. 243, al. 3) ; b) en ma-

que nous l'avons dit, l'assemblée qui donne cette autorisation est exclusivement familiale — le juge municipal n'en fait pas partie — et l'on aurait pu craindre qu'elle offrît moins de garanties que notre Conseil de famille français.

En Allemagne, le Tribunal des tutelles — constitué par un magistrat unique — rend des décisions exécutoires par elles-mêmes ; et, lorsque la haute tutelle y est exercée par un Conseil de famille, celui-ci rend également des délibérations exécutoires *de plano*, comme l'aurait fait le Tribunal des tutelles lui-même.

On ne comprend pas pourquoi le Code civil suisse n'a pas adopté cette solution. Dans la Confédération helvétique, l'autorité de surveillance se superpose à l'autorité tutélaire et peut elle-même se dédoubler en deux instances, au gré des législations cantonales. Ainsi, pour obtenir l'autorisation d'accomplir tel acte important, il arrive que le tuteur doive s'adresser à trois organismes différents ⁽⁶⁾.

La suppression de l'homologation, en France, ne pourrait que profiter aux intérêts du pupille.

tière de partage de biens de mineurs, la jurisprudence exige parfois l'homologation du Tribunal (H. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 185).

(6) Cependant, on ne peut mettre en doute la souplesse relative de ce fonctionnement. Dans une récente lettre, M^e Carteret, notaire à Genève, nous écrivait : « Le mécanisme de la tutelle est, au fond, assez simple ; les autorisations sont obtenues sans formalité compliquée, par conséquent avec très peu de frais et assez rapidement. Quand il s'agit, par exemple, d'obtenir de l'autorité de surveillance l'autorisation de vendre l'immeuble d'un mineur à l'amiable, *autorisation qui, en pratique, n'est jamais refusée*, l'obtention de cette autorisation nécessite à peine un mois. »

A noter que le canton de Genève connaît précisément un dédoublement de l'autorité de surveillance en deux instances.

B. — *Recours.*

En matière de tutelle, le Tribunal civil de première instance doit avoir un rôle surtout contentieux *lato sensu*. Il constitue la juridiction normale de recours contre les décisions du Conseil de famille.

§ 1. — *Situation actuelle.*

Or, actuellement, les possibilités de recours contre ces décisions sont limitées : 1° le recours n'est pas admis contre toutes les délibérations du Conseil ; 2° celles-ci ne peuvent pas être attaquées par toutes personnes.

a) *Délibérations non susceptibles de recours.*

Il y a lieu de rappeler d'abord qu'en cette matière, la notion de *vice de forme* est sensiblement restreinte dans son application ; nous avons eu l'occasion de le constater plus haut à propos de la latitude laissée au juge de paix dans la composition du Conseil de famille (7). Nous n'y reviendrons pas. D'ailleurs, pratiquement, cette jurisprudence n'a pas soulevé de graves objections (8).

Quant au fond, plusieurs auteurs (9) n'admettent pas de recours contre les délibérations statuant sur les intérêts moraux et la direction de la personne du mineur : le Conseil de famille exercerait ici une sorte de puissance paternelle ; substitué au père, il exercerait à sa place et, comme lui, sans appel le pouvoir domestique.

(7) V. *supra*, p. 82.

(8) V. cependant R. SAVATIER, *Examen doctrinal de jurisprudence*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1932, p. 407.

(9) V. notamment AUBRY et RAU, t. I, p. 617, 618, 619 ; DEMO-LOMBE, *Traité*, t. I, n° 335.

De même seraient inattaquables, sauf exceptions prévues par la loi, les délibérations organisant le personnel de la tutelle, par exemple celles statuant sur la nomination d'un tuteur ou d'un subrogé tuteur, sur le maintien dans la tutelle de la mère remariée ou sur le refus de la maintenir ⁽¹⁰⁾. Cette solution est d'ailleurs liée à la précédente, et l'on invoque, pour la justifier, les mêmes raisons. Notamment, il y aurait analogie dans les conséquences entre la nomination par le dernier vivant des père et mère d'un tuteur testamentaire, et l'élection par le Conseil de famille d'un tuteur datif. L'une comme l'autre ne pourraient être déférées à la révision du Tribunal.

D'ailleurs, dit-on, la loi n'ayant pas prescrit au Conseil de famille de motiver certaines de ses décisions, celui-ci doit donc être, dans ces cas, affranchi de l'autorité des tribunaux.

b) *Le recours n'est pas ouvert à tout le monde.*

Et d'abord, le recours n'est pas ouvert au ministère public. Aucun texte ne lui donne le droit d'attaquer les délibérations du Conseil ⁽¹¹⁾. Il en est de même du pupille ⁽¹²⁾.

En principe, seuls les membres du Conseil de famille peuvent se pourvoir. Encore doit-on ajouter que cette règle comporte une exception : le juge de paix — qui

⁽¹⁰⁾ AUBRY et RAU, *loc. cit.* ; DEMOLOMBE, *loc. cit.* — Cass., 23 juin 1902, D. 1902.1.346, S. 1902.1.385 ; Cass., 5 juin 1929, D. 1931.1.80, S. 1929.1.368. — V. cependant Cass., 23 décembre 1924, D. 1925.1.65, S. 1925.1.46.

⁽¹¹⁾ L. BÉNÉTON, *Les recours contre les délibérations du Conseil de famille*, thèse Paris, 1930, p. 135 et s.

est membre, cependant — ne peut attaquer les délibérations. Si, en effet, on lui reconnaissait le droit d'agir, on devrait également pouvoir le mettre en cause autrement que par la voie de la prise à partie ⁽¹³⁾.

On a voulu voir une autre exception dans le texte de l'article 883 du Code de procédure civile qui dit que « toutes les fois que les délibérations du Conseil de famille ne seront pas unanimes... les tuteurs, subrogé tuteur... même les membres de l'assemblée pourront se pourvoir contre la délibération ; ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération... ». Ce texte semblait exclure le recours contre les délibérations rendues à l'unanimité et, quant aux autres, ne point le permettre aux membres ayant voté la délibération. La jurisprudence, après quelques flottements, a admis, même dans ces cas, la possibilité d'un recours ⁽¹⁴⁾.

§ 2. — Réforme possible.

De graves critiques se sont élevées contre la théorie selon laquelle un recours ne serait pas admis contre les délibérations statuant sur les intérêts moraux et la direction de la personne du mineur, ni contre celles organisant le personnel de la tutelle ⁽¹⁵⁾. « Logiquement, ce

(12) *Contra* DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, 1813, t. I, p. 481, note 3.

(13) *Contra* BÉNÉTON, *op. cit.*, p. 137, 138.

(14) PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n° 517, et les arrêts cités p. 557, notes 2 et 3. — AUBRY et RAU, t. I, p. 616, note 2, et p. 617, note 8.

(15) PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n° 517 ; COLIN et CAPITANT, t. I, n° 499 ; BEUDANT, t. II, n° 803 *in fine* ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 426 *in fine*.

« contrôle (des tribunaux) apparaît d'autant plus utile
« que la délibération peut causer au mineur un pré-
« judice plus grave et plus durable. Il semble donc s'ap-
« pliquer, tout particulièrement, aux délibérations rela-
« tives à la conduite de sa personne et à l'organisation
« de sa tutelle » (16).

La réforme devrait donc permettre au recours de s'exercer plus souvent. D'ailleurs, si l'on supprime la nécessité de l'homologation — qui constitue, il est vrai, une garantie bien illusoire — en revanche on doit permettre que toutes les délibérations du Conseil de famille soient, dans l'intérêt du mineur, susceptibles d'être portées devant le Tribunal. D'autre part, l'intérêt du mineur ne serait pas ici le seul déterminant, et une décision du Conseil, lésant les droits d'un tiers, pourrait, comme on l'admet généralement (17), être attaquée par ce tiers ; il en est ainsi des délibérations statuant sur une excuse ou sur une exclusion.

Le droit d'intenter un recours devrait aussi être permis à un plus grand nombre de personnes qu'il ne l'est actuellement. Evidemment, on ne saurait reconnaître ce droit au juge de paix pour le motif qui a été indiqué plus haut (18). Mais on pourrait, dans l'intérêt du pupille, permettre au ministère public d'attaquer les décisions du Conseil de famille.

Doit-on étendre encore à d'autres personnes le droit d'exercer ce recours ? Avant de répondre à cette ques-

(16) R. SAVATIER, *Examen doctrinal*, etc., dans *Revue crit.*, 1932, p. 409.

(17) PLANIOL et RIPERT, *ibid.*, n° 517 ; BEUDANT, *ibid.*, n° 803 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *ibid.*, n° 427 ; AUBRY et RAU, t. I, p. 622 et s.

(18) V. *supra*, p. 127.

tion, il serait intéressant de comparer les législations étrangères sur ce point.

a) *Droit allemand.*

La loi allemande du 17 mai 1898 sur les matières de la juridiction gracieuse réglemente, d'une manière très détaillée, la question du recours contre les décisions du Tribunal des tutelles ou contre les délibérations du Conseil de famille, dans les cas où il en est institué un. Nous citons ci-après ses dispositions les plus intéressantes ⁽¹⁹⁾ :

« Art. 57. — Peuvent être frappées de pourvoi (*Beschwerde*) sans préjudice des prescriptions de l'article 20 ⁽²⁰⁾ :

« 1° L'ordonnance qui refuse d'organiser une tutelle, ou qui y met fin — par quiconque a un intérêt juridique à faire modifier l'ordonnance, ainsi que par le conjoint, les parents et les alliés du pupille...

« 4° L'ordonnance qui refuse d'instituer un Conseil de famille ou qui y met fin, — par le conjoint ainsi que par les parents et alliés du pupille ;

« 5° L'ordonnance qui, dans les cas de l'article 1687, n^{os} 1 et 3 du Code civil ⁽²¹⁾, refuse à la mère l'ad-

⁽¹⁹⁾ Dans la traduction faite par l'Office de législation étrangère et de droit international. Paris, 1922.

⁽²⁰⁾ Loi du 17 mai 1898, art. 20 : « Peut intenter le pourvoi « quiconque est lésé dans son droit par l'ordonnance.

« Quand une ordonnance ne peut être rendue que sur requête, « et que la requête a été repoussée, le requérant a seul droit « d'intenter le pourvoi. »

⁽²¹⁾ C'est-à-dire lorsque le père, ayant ce droit, a prescrit l'adjonction d'un Conseil (analogue à notre *Conseil spécial à la mère survivante*, C. civ. franç., art. 391) ou lorsque le Tribunal des tutelles avait prescrit cette adjonction dans l'intérêt de l'enfant.

jonction d'un conseil, ou qui y met fin, — par le conjoint ainsi que par les parents et alliés de l'enfant ;

« 6° L'ordonnance qui repousse une requête du subrogé tuteur ou du conseil, tendant à intervenir contre le représentant légal pour cause d'attitude contraire à ses devoirs, ou à faire relever le tuteur ou le curateur de leurs fonctions pour une des causes indiquées à l'article 1886 (22) du Code civil, — par le requérant ;

« 7° L'ordonnance qui accorde une rémunération au tuteur ou au curateur, — par le subrogé tuteur ;

« 8° L'ordonnance qui refuse l'une des mesures prévues aux articles 1665 à 1667 du Code civil (23) ou qui y met fin, — par les parents et les alliés de l'enfant ;

« 9° L'ordonnance qui contient une décision sur une affaire concernant le soin de la personne de l'enfant ou du pupille, — par toute personne qui justifie d'un intérêt à s'occuper de cette affaire.

« La prescription de l'alinéa 1, n° 9, ne s'applique pas au pourvoi immédiat.

« Art. 58. — Quand plusieurs tuteurs ou curateurs gèrent en commun la tutelle, chacun d'eux peut former indépendamment le pourvoi pour le pupille.

« Cette prescription est applicable par analogie aux cas des articles 1629 et 1798 du Code civil (24).

(22) Il s'agit des causes d'exclusion du tuteur.

(23) Ces articles visent les cas où le père est empêché d'exercer la puissance paternelle, mésuse de son droit de prendre soin de la personne de l'enfant ou met en péril le patrimoine de celui-ci.

(24) C'est-à-dire au cas de dissentiment, entre le père et le curateur ou entre plusieurs tuteurs, au sujet d'une mesure à prendre qui intéresse à la fois la personne et le patrimoine de l'enfant.

« Art. 59. — L'enfant sous puissance paternelle ou le pupille placé en tutelle peuvent, dans toutes les affaires concernant leur personne, former le pourvoi sans le concours de leur représentant légal. Il en est de même dans les affaires où le pupille doit être entendu avant une décision du Tribunal des tutelles ⁽²⁵⁾.

« Ces prescriptions ne s'appliquent pas aux personnes qui sont incapables quant à l'exercice de leurs droits (*Geschäftsunfähige*) ⁽²⁶⁾ ou qui n'ont pas accompli leur quatorzième année.

« Art. 60. — Peuvent être frappées de pourvoi immédiat :

« 1° L'ordonnance qui écarte une personne appelée à être tuteur, curateur, subrogé tuteur, conseil ou membre du Conseil de famille ;

« 2° L'ordonnance qui repousse le refus de remplir les fonctions de tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil ;

« 3° L'ordonnance qui relève de leurs fonctions, contre leur volonté, un tuteur, un curateur, un subrogé tuteur ou un conseil ;

« 4° L'ordonnance qui met fin à un Conseil de famille ou qui destitue, contre sa volonté, un de ses membres ;

⁽²⁵⁾ V. *supra*, p. 116.

⁽²⁶⁾ Il s'agit ici uniquement des interdits et des mineurs n'ayant pas encore atteint l'âge de sept ans ; à ceux-ci s'applique le terme de *Geschäftsunfähig*. Au contraire, le mineur ayant atteint l'âge de sept ans est simplement « restreint dans sa capacité d'exercice » (*Beschränkt Geschäftsfähig*). C. civ. allem., art. 104 et 106. — Cf. Ed. HÖLDER, *Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Munich, 1900, § 104, notes 1, 2 et notes sous §§ 105, 106.

« 5° L'ordonnance qui place un majeur en tutelle provisoire ;

« 6° Les ordonnances qui ne produisent effet qu'après avoir acquis force de chose jugée... »

Il y a lieu de citer enfin les articles 55 et 62 de la même loi :

« Art. 55. — L'ordonnance qui accorde ou refuse l'autorisation pour un acte juridique ne peut être modifiée par le Tribunal des tutelles qu'en tant que l'octroi ou le refus de l'autorisation n'a pas produit effet vis-à-vis d'un tiers.

« Art. 62. — Lorsqu'une ordonnance ne peut plus être modifiée par le Tribunal des tutelles aux termes de l'article 55, le Tribunal saisi du pourvoi ne peut pas non plus le modifier. »

Nous nous excusons de la longueur de ces citations, mais elles étaient nécessaires pour la bonne compréhension du système allemand en matière de recours. Il y a lieu d'observer d'ailleurs que partout où il est question de Tribunal des tutelles, les mêmes dispositions sont applicables au Conseil de famille allemand ⁽²⁷⁾.

b) *Droit suisse.*

Le Code civil suisse ne consacre à la question du recours que quelques articles que nous reproduisons ci-après littéralement :

« Art. 388. — ... Tout intéressé peut former opposition (auprès de l'autorité tutélaire) contre une nomination (de tuteur) illégale dans les dix jours à partir de celui où il en a eu connaissance.

(27) C. civ. allem., arg. art. 1872, al. 1.

« Si le refus du tuteur ou l'opposition sont admis par l'autorité tutélaire, celle-ci procède à une nouvelle nomination ; sinon elle transmet l'affaire, avec son rapport, à l'autorité de surveillance qui prononcera ⁽²⁸⁾.

« Art. 420. — Le pupille capable de discernement et tout intéressé peuvent recourir à l'autorité tutélaire contre les actes du tuteur.

« Un recours peut être adressé à l'autorité de surveillance contre les décisions de l'autorité tutélaire, dans les dix jours à partir de leur communication.

« Art. 450. — (En cas de destitution du tuteur ou de peine disciplinaire prononcée par l'autorité tutélaire), un recours peut être adressé à l'autorité de surveillance contre les décisions de l'autorité tutélaire » ⁽²⁹⁾.

c) *Droit italien.*

L'article 260 du Code civil italien est une traduction à peu près littérale de l'article 883 de notre Code de procédure civile. Le Code civil italien ne comporte pas d'autre disposition sur le sujet qui nous préoccupe.

d) *Droit espagnol.*

Le Code civil espagnol contient, au sujet du recours contre les délibérations du Conseil de famille, quelques dispositions éparses ⁽³⁰⁾. Nous citons les plus intéressantes :

(28) Il ne s'agit pas ici d'un *recours*, mais d'une *opposition* dont la procédure est toute différente de celle du recours proprement dit. Néanmoins, l'opposition constitue un recours *lato sensu* qu'il était intéressant de signaler.

(29) Cet article était parfaitement inutile, étant donnée la disposition de l'article 420, al. 2. — Cf. ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, t. I, p. 482 *in fine*.

(30) C. civ. espagnol, art. 241, 242, 249, 255, 279, al. 3, 310.

« Art. 242. — Lorsque la décision du Conseil est favorable au tuteur ⁽³¹⁾ et qu'elle a été adoptée à l'unanimité, on n'acceptera aucun recours contre elle.

« Art. 310. — Les décisions du Conseil de famille peuvent être attaquées, devant le juge de première instance, par les membres qui ne se sont pas trouvés d'accord avec la majorité lors du vote de la décision ; ainsi que par le tuteur, le subrogé tuteur, ou tout autre intéressé à la décision, sauf le cas de l'article 242. »

e) *Examen critique.*

D'une façon générale, les législations qui viennent d'être citées accordent, plus facilement que la loi française, le droit de recourir contre les décisions du Conseil de famille.

Ainsi, la loi allemande accorde ce droit, dans la plupart des cas, aux parents et alliés, même à ceux qui ne font pas partie du Conseil de famille, lorsque ce dernier est constitué ; elle l'accorde, enfin, assez souvent, à tout intéressé.

Le Code suisse, dans l'article 420, alinéa 2, permet le recours contre toute décision de l'autorité tutélaire (ou du Conseil de famille) ⁽³²⁾, sans dire qui peut l'exercer. Il y a lieu d'en conclure qu'il est ouvert, comme dans le cas du premier alinéa de cet article et dans celui de l'article 388, à tout intéressé, il suffit que ce dernier, à défaut d'intérêt pécuniaire, justifie d'un intérêt moral ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ En Espagne, le tuteur, ne faisant pas partie du Conseil de famille, ne peut voter la décision. — V. *supra*, p. 84.

⁽³²⁾ C. civ. suisse, arg. art. 362, al. 2.

⁽³³⁾ ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, t. I, p. 461.

L'article 242 du Code civil espagnol contient une disposition analogue à l'article 883 de notre Code de procédure civile, si toutefois on prenait ce dernier article à la lettre contrairement à la doctrine et à la jurisprudence françaises ⁽³⁴⁾. Cette restriction mise à part — restriction fâcheuse d'ailleurs — le Code espagnol permet le recours à tout intéressé.

Il y a lieu de noter, enfin, que ni en Espagne, ni en Suisse, ni en Allemagne, on ne fait pas d'exception comme c'est le cas chez nous, quant aux décisions susceptibles de recours. Toutes, en principe, peuvent être attaquées, surtout celles concernant les intérêts moraux du mineur, la direction de sa personne, ou l'organisation du personnel de la tutelle ⁽³⁵⁾.

En définitive, la meilleure solution, semble-t-il, est celle adoptée par le Code suisse. Elle n'est pas compliquée comme la loi allemande qui a voulu tout prévoir et qui fait véritablement trop de distinctions. L'une et l'autre, d'ailleurs, accordent le droit de recours au mineur à partir d'un certain âge, ce qui est très bien. Chez nous aussi, on devrait le lui permettre. En législation, il y aurait donc lieu d'abroger l'article 883 du Code de procédure civile et d'introduire dans le Code civil, où c'est plutôt sa place, une disposition ainsi conçue : « Toute délibération du Conseil de famille peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal civil ». C'est tout. Ce n'est pas à la loi de dire ici contre qui doit être intenté le recours, ni de redire que pour l'intenter il

⁽³⁴⁾ V. *supra*, p. 128.

⁽³⁵⁾ Loi allem. s. mat. jurid. grac. du 17 mai 1898, art. 57, nos 4, 5, 8, 9, art. 59, al. 1, art. 60, nos 1 à 4.

faut justifier d'un intérêt. Il n'y a qu'à appliquer le droit commun.

Evidemment, cette solution ne va pas sans un inconvénient : celui d'augmenter le nombre des recours et, peut-être, d'encombrer un peu les tribunaux. Cet inconvénient a été signalé en Suisse, où l'*autorité de surveillance* joue le rôle d'instance de recours contre les décisions de l'*autorité tutélaire* ou du Conseil de famille⁽³⁶⁾. Elle cumule d'ailleurs d'autres fonctions : ainsi elle intervient dans les actes juridiques entre époux et les conventions matrimoniales, dans le domaine de la puissance paternelle, etc.⁽³⁷⁾. Enfin, la mission d'*autorité de surveillance* est elle-même confiée, très souvent, aux tribunaux de droit commun⁽³⁸⁾. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner s'il en résulte un certain encombrement. En Espagne, l'article 310 précité a donné lieu à quelques abus, qu'une sentence du Tribunal suprême du 24 juin 1905 a voulu éviter pour l'avenir en précisant la notion d'*intéressé* : il faut, pour intenter le pourvoi selon l'article 310, invoquer « un préjudice causé au mineur dans sa personne ou dans son patrimoine »⁽³⁹⁾. C'est bien ainsi également que nous concevons le recours formé par un intéressé, à condition toutefois qu'on

(36) ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, t. I, p. 460, 461.

(37) ROSSEL et MENTHA, *loc. cit.*

(38) ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, t. I, p. 413.

(39) H. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 95. — « Dorénavant seules
« seront admises les actions contre les résolutions du Conseil de
« famille, quand elles seront basées sur une défense directe du
« patrimoine du mineur. Seront aussi admises les actions intentées
« par des personnes chargées de la tutelle ou de la subrogée
« tutelle. La seule allégation de la qualité d'intéressé ne suffira
« plus. » (*Memoria del presidente de la Sala de lo Civil de Tri-*

permette à ce dernier d'attaquer aussi toute délibération qui serait attentatoire à ses droits ⁽⁴⁰⁾.

bunal Supremo correspondiente al ano 1900, cité par DARTIGALONGUE, ibid.).

⁽⁴⁰⁾ V. *supra*, p. 129.

CHAPITRE TROISIEME

Subrogé-tuteur et Conseil des Orphelins

Il nous reste à étudier, dans ce chapitre, deux organes complémentaires de la tutelle : l'un, le subrogé tuteur, que le Code civil français a chargé d'une mission de surveillance et de remplacement ; l'autre, le Conseil des orphelins, que le Code civil allemand a investi d'une mission de surveillance, d'information et de renseignement.

SECTION I

LE SUBROGE TUTEUR

A. — *Situation actuelle.*

« Dans toute tutelle, dit l'article 420 du Code civil, il y aura un subrogé tuteur... ». En principe donc, c'est un personnage qui intervient obligatoirement dans la constitution de toute tutelle⁽¹⁾. La loi lui confie une double mission : d'une part, il agit pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur⁽²⁾, et, d'autre part, il est chargé, vis-à-vis du tuteur, d'une mission de contrôle et de surveillance⁽³⁾.

B. — *Critique.*

L'institution du subrogé tuteur est obligatoire dans toute tutelle. Ainsi, dans la tutelle légitime des père et mère, il intervient obligatoirement. Or, ici, où nous

(1) Ce principe ne souffre qu'une exception : il n'est pas institué de subrogé tuteur dans la tutelle des enfants assistés (loi du 28 juin 1904, art. 13 nouv., al. 3).

(2) C. civ., art. 420, ancien alinéa 2 (« ses fonctions consisteront à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils seront en opposition avec ceux du tuteur »). — Le législateur de 1917, en remaniant l'article 420, a oublié de reproduire cet alinéa ; mais on ne peut considérer celui-ci comme abrogé. — Cass., 1^{re} avril 1924, D. 1924.1.121, note Capitant ; Cass., 29 novembre 1926, D. 1928.1.41, note Savatier, S. 1927.1.41, note Balleydier. — R. SAVATIER, *Examen doctrinal, état et capacité des personnes*, dans *Revue crit.*, 1926, p. 21, 22.

(3) C. civ., art. 446, al. 1, 451, al. 1, 452, 459, al. 1, 470, al. 1, 1442, al. 2, 2137 ; C. pr. civ., art. 444, 962 ; loi du 27 février 1880, art. 7.

avons déjà signalé le rôle néfaste du Conseil de famille ⁽⁴⁾, la mission du subrogé tuteur pourra bien vite devenir odieuse ; cela est trop évident pour qu'il soit besoin d'insister.

Le rôle de remplaçant du tuteur que la loi confie, en cas d'opposition d'intérêts, au subrogé tuteur, aurait pu très facilement être rempli par quelqu'un d'autre, par un tuteur *ad hoc* par exemple. C'est ce que décide le droit allemand ; au cas où un subrogé tuteur est nommé, il ne lui permet jamais de remplir ce rôle de remplaçant ⁽⁵⁾, qui cependant semble être le principal, et presque le seul, à première lecture de l'article 420 (ancien alinéa 2) du Code civil français.

Quant au contrôle et à la surveillance du représentant élgal du mineur, qui constituent, au fond, la mission essentielle du subrogé tuteur, ceux-ci restent en pratique illusoires. Le subrogé tuteur assiste bien à l'inventaire ⁽⁶⁾, s'il en est fait un, mais, en général, son rôle se bornera à donner une signature et il s'en remettra à la bonne foi du tuteur ou à la sagacité du notaire rédacteur de l'acte. Sa présence sera encore moins utile en cas de vente aux enchères de meubles ou d'immeubles appartenant au mineur ⁽⁷⁾. Pareillement, on peut contester l'utilité de la signification qui lui est faite des

(4) V. *supra*, p. 35 et s.

(5) « Le subrogé tuteur (*Gegenvormund*) n'est jamais le représentant légal du pupille en cas d'opposition d'intérêts ou d'empêchement du tuteur, car pour ces cas il y a lieu de nommer un curateur (*Pfleger*) ; c'est pourquoi il peut faire partie du Conseil de famille ». F.-K. WEBER, *op. cit.*, p. 171.

(6) C. civ. franç., art. 451, al. 1.

(7) C. civ., art. 452, 459, al. 1, 1442, al. 2 ; C. pr. civ., art. 962.

jugements pris contre le tuteur ⁽⁸⁾, et il n'arrive presque jamais que le subrogé tuteur fasse inscrire sur les immeubles du tuteur l'hypothèque légale du pupille ⁽⁹⁾. Il se souciera fort peu, en général, de provoquer la réunion du Conseil de famille en vue de la destitution du tuteur ⁽¹⁰⁾. De même, sa surveillance, en ce qui concerne l'aliénation des valeurs mobilières et l'emploi du prix ⁽¹¹⁾, restera purement théorique. Enfin, nous avons déjà dit que les « états de situation » qu'il peut demander au tuteur ⁽¹²⁾ ne sont jamais fournis.

En fait, d'ailleurs, la sanction est presque inexistante et la responsabilité du subrogé tuteur très faible. Dans « l'opinion couramment admise, sa responsabilité ne saurait être engagée que dans des cas extrêmes, c'est-à-dire s'il a commis un dol ou une faute lourde, ou encore à raison de la méconnaissance d'un devoir précis qui lui incombait » ⁽¹³⁾. Ne pourra-t-il, en général, invoquer comme excuse, l'insuffisance des moyens d'information dont il dispose et la faiblesse de son pouvoir de contrainte ?

L'inutilité de la subrogée tutelle a été remarquée par le législateur suisse. Nulle part, dans le Code fédéral, il n'en est question, même pas à titre facultatif. « Nous

(8) C. pr. civ., art. 444.

(9) C. civ., art. 2137.

(10) C. civ., art. 446, al. 1.

(11) Loi du 27 février 1880, art. 7.

(12) C. civ., art. 470, al. 1.

(13) L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e édit., t. I, n° 449. — Nancy, 7 février 1861, D. 1861.2.200 ; Cass., 12 décembre 1898, D. 1899.1.305, S. 1899.1.333 ; Poitiers, 9 janvier 1905, D. 1907.2.310 ; Rouen, 13 décembre 1905, D. 1908.2.233, *Gaz. Pal.*, 1906.1.236.

« avons rejeté, écrit M. ROSSEL, l'intervention du subrogé tuteur, dont les fonctions seront exercées par l'autorité tutélaire ; nous avons cru pouvoir nous passer du *Nebenvormund* de la législation bâloise ».

D'ailleurs, lors des travaux préparatoires du Code civil allemand, la question de la subrogée tutelle a été fort discutée. Celle-ci a finalement été adoptée à titre presque exceptionnel et quasi facultatif. Mais le projet hessois et le projet bavarois l'excluaient complètement, et ceci pour le motif, disait le projet bavarois, « que la surveillance du tuteur est uniquement l'affaire du Conseil de famille » (14).

Citons enfin la critique que faisait, en 1913, M. TRAVERS dans le *Bulletin de la Société de législation comparée* : « La vérité est, croyons-nous, dans la réforme réalisée par le Code civil suisse. Le subrogé tuteur n'a jamais été qu'une conception à certains égards boiteuse et donnant une fausse sécurité, à d'autres égards, inutile. Avant tout, organe de contrôle et de surveillance, il s'acquitte fort mal de cette partie de sa tâche, soit faute de renseignements précis, soit de crainte d'avoir l'air de faire fonctions de délateur, soit en raison de ses rapports personnels avec le tuteur. Chargé souvent de remplacer le tuteur en cas de conflit d'intérêts entre ce dernier et le mineur, il ne remplit pas mieux cette fonction intérimaire qu'un tuteur *ad hoc* ou un curateur spécialement nommé. Le subrogé tuteur doit, en un mot, être supprimé par ce double motif que, d'une part, l'organisme tuté-

(14) *Motive* t. IV, p. 1029.

« laire doit être aussi simple que possible et que, d'autre part, les fonctions dont il est en général chargé sont aussi bien ou mieux exercées par d'autres organes » (15).

C. — Réforme proposée.

En principe, nous proposons la suppression de la subrogée tutelle. En cas d'opposition d'intérêts ou d'empêchement du tuteur, il y aura beaucoup plus de garanties dans le système qui confie l'exercice temporaire des fonctions de représentant légal du pupille à un tuteur *ad hoc* — élu en connaissance de cause par le Conseil de famille — que dans celui qui remet ces fonctions automatiquement, dans ces cas, au subrogé tuteur.

Mais, dira-t-on, en admettant qu'il soit inutile ou même dangereux de confier une mission de « remplaçant » au subrogé tuteur, il est des cas où l'on aurait pu le charger avec profit d'une mission de surveillance et de contrôle. C'est évident et nous l'admettons volontiers, à condition cependant de changer le nom même du subrogé tuteur, qui ne signifierait plus rien ; en quoi serait-il désormais *subrogé* ?

Nous avons admis plus haut (16) qu'il serait loisible au Conseil de famille de nommer plusieurs tuteurs et de répartir à son gré leurs attributions. L'un de ceux-ci, sous le nom de *cotuteur*, pourrait précisément être chargé de cette mission de contrôle et de surveillance

(15) M. TRAVERS, *Etude sur le mouvement législatif des Etats voisins de la France en matière de tutelle des mineurs pendant ces vingt dernières années*, dans *Bull. législ. comp.*, 1913, p. 377.

(16) V. *supra*, p. 73 et s.

que remplissait le subrogé tuteur vis-à-vis du tuteur, ou, autrefois, le tuteur *honoraire* vis-à-vis du tuteur *onéraire*.

Le Code civil allemand, qui admet la pluralité de tuteurs avec mission de surveillance de l'un envers l'autre, admet aussi le subrogé tuteur (*Gegenvormund*) ⁽¹⁷⁾, ce qui pourrait, dans la plupart des cas, faire double emploi. Aussi décide-t-il que « si la tutelle doit être gérée par plusieurs tuteurs, mais non en commun ⁽¹⁸⁾, l'un des tuteurs peut être installé comme subrogé tuteur de l'autre » ⁽¹⁹⁾. Dans le Code civil allemand, l'installation d'un subrogé tuteur est toujours facultative, sauf au cas où elle doit être écartée, selon la volonté du père ou de la mère ⁽²⁰⁾, et au cas où elle est obligatoire par application de l'article 1792, alinéa 2. Voici d'ailleurs cet alinéa : « Il doit être installé un subrogé tuteur, lorsqu'à la tutelle est adjointe une administration de patrimoine (*wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden ist*), à moins que l'administration ne soit pas importante ou que la tutelle doive être gérée en commun par plusieurs tuteurs ».

Quand une administration de patrimoine sera-t-elle — au sens de la loi allemande — importante ? « Ceci est une question de fait, répondent les commenta-

(17) La traduction littérale serait : contre-tuteur. C'est assez juste, puisque le *Gegenvormund* n'est jamais subrogé (v. *supra*, p. 142, note 5).

(18) V. *supra*, p. 75, note 8.

(19) C. civ. allem., art. 1792, al. 3.

(20) C. civ. allem., art. 1852, al. 1 ; à moins cependant que — par exception à l'exception — le Tribunal des tutelles écarte à son tour cette volonté, dans le cas où son exécution mettrait en péril les intérêts du pupille (C. civ. allem., art. 1857).

« teurs. La notion d'administration de patrimoine sup-
« pose que les soins à consacrer à ce patrimoine exi-
« gent, pour sa bonne administration, une activité con-
« tinue. Ainsi, il y aura administration de patrimoine,
« lorsque le tuteur doit faire continuellement, pour le
« compte du pupille, des recettes ou des dépenses » ⁽²¹⁾.
Cependant, malgré ces explications, l'interprétation de
l'alinéa précité demeure très élastique, et ceci à un point
tel qu'en Allemagne un subrogé tuteur n'est presque
jamais nommé.

Nous n'avons pas parlé, dans cette section, du su-
brogé tuteur (*protutor*) des Codes civils italien et espa-
gnol, car il se présente, dans ces législations, avec les
mêmes attributions que dans la nôtre ⁽²²⁾.

En résumé, nous proposons la suppression du su-
brogé tuteur comme tel. S'il est nécessaire de pourvoir
au remplacement temporaire du tuteur par suite de

(21) PLANCK, *op. cit.*, t. IV, § 1792, note 3. — Et l'auteur con-
tinue en ces termes : « Par contre, il n'y a pas administration de
« patrimoine dans le sens sus-indiqué, lorsque la fortune du pupille
« est constituée en placements et que tous les revenus en sont attri-
« bués au tuteur pour subvenir aux frais d'entretien du pupille ; les
« rapports comptables deviennent alors inutiles, lorsque le Tribunal
« des tutelles peut constater de prime abord que les revenus suffi-
« sent tout juste à l'entretien. De même, le simple dépôt d'un élé-
« ment de patrimoine — de mobilier, par exemple — ne constitue
« pas une administration dans le sens de l'article 1792. Mais, même
« si, à la tutelle, était adjointe une administration de patrimoine,
« même dans ce cas, il ne serait pas nécessaire d'installer un su-
« brogé tuteur, si l'administration de fortune n'était pas impor-
« tante. La question n'est pas de savoir si c'est le patrimoine qui
« est important, mais bien si c'est l'administration elle-même ». —
Les autres commentateurs ne sont pas plus explicites ; cf. *Motive*,
t. IV, p. 1033 ; FUCHS, *op. cit.*, § 1792, note 3 ; WEBER, *op. cit.*, p.
170, 171 ; NURCK, *op. cit.*, p. 895. — Il n'est pas besoin d'insister sur
ce qu'a d'imprécis un tel critérium.

(22) C. civ. ital., art. 264 et s. ; C. civ. espagnol, art. 233 et s.

conflit d'intérêts ou d'empêchement, le Conseil de famille nommera un tuteur *ad hoc*. S'il est nécessaire — ce cas sera rare — de confier à un particulier une mission de surveillance ou de contrôle du tuteur, le Conseil élira un « cotuteur ». Disons, en terminant, que le Conseil de famille pourra, à tout moment, déléguer un de ses membres pour accomplir temporairement cette mission de contrôle ou de surveillance à propos de tel ou tel acte déterminé : ainsi pour assister à l'inventaire ou à la vente aux enchères, ou encore pour examiner les comptes du tuteur et en faire un rapport au Conseil de famille.

SECTION II

LE CONSEIL DES ORPHELINS

Malgré le titre de cette section, notre intention n'est pas d'y étudier seulement le Conseil des orphelins, dont le type est peut-être le *Gemeindewaisenrat* allemand. Notre étude tendra plutôt à passer en revue tous les organes qui, à un titre quelconque — information, renseignement, surveillance ou contrôle — constituent, dans les nations voisines de la France, des auxiliaires de la haute tutelle.

A. — Le Conseil communal des orphelins du droit allemand ou « Gemeindewaisenrat ».

§ 1. — Le Conseil des orphelins d'après le Code civil allemand.

En Allemagne, c'est l'Etat qui détient les pouvoirs de haute tutelle ; il les exerce, comme un attribut de la juridiction gracieuse, par l'intermédiaire des tribunaux ; dans l'accomplissement de sa tâche, il est aidé, dans une certaine mesure, par la commune et par la famille (*Mitwirkung der Gemeinde und der Familie*) ⁽¹⁾. En ce qui concerne cette dernière, nous avons vu plus haut quel faible rôle le Code allemand lui assigne, en prévoyant

(1) *Motive*, t. IV, p. 1011.

soit la constitution d'un Conseil de famille, à titre exceptionnel (2), soit des avis de parents (3). La commune aura, au contraire, une part plus grande dans cette coopération aux fonctions tutélaires, par l'intermédiaire de son Conseil des orphelins.

Un auteur allemand (4) définit le Conseil des orphelins de la façon suivante : « Un organe auxiliaire mis, « par la commune, à la disposition du Tribunal des « tutelles pour permettre à ce dernier d'exécuter la « mission qui lui incombe ». Le rôle de *Gemeindewaisenrat* sera multiple :

1° Il a d'abord une mission de surveillance (*Überwachung*), mais non une mission de contrôle ou d'inspection (*Aufsicht*) (5) : c'est à lui de veiller à ce que les tuteurs des pupilles résidant dans sa circonscription prennent soin de la personne des pupilles, surtout en ce qui concerne l'éducation et les soins physiques à donner à ces derniers (6).

2° C'est ensuite un agent d'information :

a) comme complément de sa mission de surveillance, il doit signaler au Tribunal des tutelles tous les manquements et infractions qu'il aurait constatés dans le cas du n° 1 ci-dessus (7) ;

b) de même, s'il apprend que le patrimoine du pupille est mis en péril, il doit en faire part au Tribunal

(2) V. *supra*, p. 79.

(3) V. *supra*, p. 100 et s. (législation allemande maintenue en vigueur en Alsace-Lorraine).

(4) PLANCK, *op. cit.*, t. IV, p. 599, *Vorbemerkungen*, note 2.

(5) FUCHS, *op. cit.*, p. 11, 299, note 4.

(6) C. civ. allem., art. 1850, al. 1.

(7) C. civ. allem., art. 1850, al. 1.

des tutelles⁽⁸⁾ ; cependant, en principe, il n'a pas à surveiller la gestion de ce patrimoine par le tuteur⁽⁹⁾ ;

c) également, même lorsque la tutelle n'est pas ouverte (alors que le père ou la mère exerce encore la puissance paternelle), « le Conseil communal des orphelins est tenu de notifier au Tribunal des tutelles les cas, parvenus à sa connaissance, où ce Tribunal peut être appelé à intervenir »⁽¹⁰⁾. Or, les cas sont assez nombreux où le Tribunal des tutelles peut être appelé à intervenir en ce qui concerne la gestion du patrimoine de l'enfant en puissance paternelle, comme en ce qui touche à la protection de sa personne⁽¹¹⁾. Mais

(8) C. civ. allem., art. 1850, al. 2.

(9) PLANCK, *op. cit.*, t. IV. p. 600, *Vorbemerkungen*, note 3 c.

(10) C. civ. allem., art. 1675.

(11) Ainsi le Tribunal des tutelles sera appelé à intervenir — et le Conseil des orphelins devra le prévenir — dans les cas suivants :

a) Un patrimoine a échu au mineur par succession ou par donation, et le père en administrant ce patrimoine, ne se conforme pas aux dispositions qu'avait prises le testateur ou le donateur. Dans ce cas, c'est au Tribunal des tutelles de prescrire toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de ces dispositions (C. civ. allem., art. 1639, al. 1).

b) Un patrimoine quelconque a échu au mineur, et le père n'en fait pas l'inventaire ou remet un inventaire insuffisant. Dans ce cas, le Tribunal des tutelles peut prescrire que l'inventaire sera fait par une autorité ou par un fonctionnaire compétents ou par un notaire (C. civ. allem., art. 1640).

c) Le père — par suite de maladie, absence, etc. — est empêché d'exercer la puissance paternelle, et celle-ci ne peut être exercée par la mère. Dans ce cas, le Tribunal des tutelles doit prendre toutes les dispositions nécessaires dans l'intérêt du mineur (C. civ. allem., art. 1665).

d) Le père mésuse de ses droits à tel point que l'intérêt moral ou physique de l'enfant est compromis ou que son patrimoine est mis en péril. Il appartient alors au Tribunal des tutelles de prendre toutes les mesures nécessaires pour parer au danger : placement de l'enfant dans une famille convenable, ou dans une maison d'éducation ou de correction, retrait de l'administration légale ou de l'usufruit du père, inventaire, etc. (C. civ. allem., art. 1666, 1667).

e) « Le père qui veut contracter un nouveau mariage doit faire connaître son intention au Tribunal des tutelles ; il doit à ses

ici, comme dans le cas précédent, le Conseil des orphelins ne saurait exercer une surveillance proprement dite ; son rôle doit se borner uniquement à signaler les cas qui parviennent à sa connaissance ⁽¹²⁾ ;

d) il doit, ensuite, signaler tous les cas parvenant à sa connaissance, dans lesquels il y a lieu d'installer un tuteur ou un subrogé tuteur ⁽¹³⁾ ;

e) enfin, c'est à lui de proposer au Tribunal des tutelles les personnes qui, dans tel cas déterminé, sont aptes à être nommées tuteur, subrogé tuteur ou membre d'un Conseil de famille ⁽¹⁴⁾.

3° En dernier lieu, il constitue, pour le Tribunal des tutelles, un agent de renseignement — certains auteurs le comparent à un bureau de renseignements. A la demande du Tribunal des tutelles, il doit lui fournir tous renseignements concernant la situation personnelle et la conduite d'un pupille ⁽¹⁵⁾.

Comme on le voit, les attributions du Conseil des orphelins sont aussi complexes qu'importantes. La mission la plus délicate est certainement celle de surveillance qu'il doit exercer vis-à-vis du tuteur ; elle exige de sa part beaucoup de tact et une extrême prudence. On s'en rendra compte aisément si l'on considère l'étendue des pouvoirs qui lui sont reconnus dans l'exercice de

« frais faire inventaire du patrimoine soumis à son administration, et, si ce patrimoine est indivis entre lui et l'enfant, provoquer la licitation. Le Tribunal des tutelles peut permettre qu'il ne soit procédé à la licitation qu'après la célébration du mariage » (C. civ. allem., art. 1669).

⁽¹²⁾ PLANCK, *op. cit.*, t. IV, § 1675, note 1.

⁽¹³⁾ Loi allem. du 17 mai 1898 (*Freiwillige Gerichtsbarkeit*), art. 49.

⁽¹⁴⁾ C. civ. allem., art. 1849.

⁽¹⁵⁾ C. civ. allem., art. 1850, al. 1.

cette mission de surveillance : ainsi il doit veiller à ce que le pupille soit bien entretenu et reçoive une éducation convenable, à ce qu'il fréquente régulièrement l'école ou l'atelier, à ce qu'il ne soit pas maltraité, etc. Dans ce but, il ne doit pas se contenter des renseignements que voudra bien lui donner le tuteur, mais il devra se rendre compte par lui-même de l'état personnel du mineur, en allant au besoin le visiter et en l'interrogeant, en prenant des renseignements auprès des personnes habitant la même maison que lui, auprès de ses maîtres, de ses patrons, etc. Il est même en droit de pénétrer, contre le gré des propriétaires, dans des maisons où demeurent des pupilles soumis à sa surveillance ⁽¹⁶⁾. Il donne des conseils et des directives aux intéressés, etc...

S'il ne lui est pas permis de donner des *instructions* au tuteur, il a cependant le droit et même le devoir, lorsque le tuteur commet des manquements ou des infractions, d'agir sur celui-ci par des conseils et des exhortations ; il peut agir de même sur le pupille ⁽¹⁷⁾.

Dans l'accomplissement de sa tâche, le Conseil des orphelins n'est jamais qu'un auxiliaire (*Hilfsorgan*) du Tribunal des tutelles, dont il est tenu de suivre les instructions. Cependant, juridiquement, il ne se trouve pas dans un état de dépendance vis-à-vis du Tribunal des tutelles : il est adjoint, mais non subordonné à ce

⁽¹⁶⁾ FUCHS, *op. cit.*, § 1850, note 2 ; loi prussienne du 12 février 1850 sur la liberté individuelle. — *Contrà*, PLANCK, *op. cit.*, t. IV, § 1850, note 2.

⁽¹⁷⁾ FUCHS, *ibid.* ; PLANCK, *ibid.*

dernier ⁽¹⁸⁾. Celui-ci ne peut lui infliger d'amendes, mais, s'il a quelque sujet de mécontentement, il doit adresser la plainte à l'autorité à laquelle est soumis le Conseil des orphelins (d'habitude au sous-préfet en sa qualité de président du Comité cantonal). Par contre, le Conseil des orphelins peut introduire un recours contre les décisions du Tribunal des tutelles qui concernent la protection de la personne du pupille ⁽¹⁹⁾.

Le Conseil des orphelins n'est pas seulement l'auxiliaire de tel Tribunal des tutelles déterminé dans le ressort duquel il se trouve : il peut, au contraire, être appelé à prêter ses services à tous les Tribunaux de tutelle dont la compétence s'exerce à l'égard des pupilles résidant dans sa circonscription.

Aucun texte ne parle de la responsabilité du Conseil des orphelins. On doit donc admettre que ce sera celle de droit commun qui jouera ici ; nous avons vu qu'il n'en était pas de même pour le juge des tutelles ⁽²⁰⁾.

§ 2. — *Le Conseil des orphelins d'après les législations locales allemandes.*

Le Code civil allemand consacre trois articles seulement à l'institution du Conseil des orphelins. Il se borne à en poser les principes généraux — que nous venons d'exposer — laissant à chacun des Etats confédérés le

⁽¹⁸⁾ *Motive*, t. IV, p. 1225 ; FUCHS, p. 298, *Vorbemerkungen*, note 3. — *Contrà*, PLANCK, t. IV.

⁽¹⁹⁾ Loi allem. du 17 mai 1898 (*Freiw. Gerichtsbarkeit*), art. 57, n° 9 ; FUCHS, p. 298, *Vorbem.*, note 3. — *Contrà*, PLANCK, t. IV, p. 500, *Vorbem.*, note 4.

⁽²⁰⁾ C. civ. allem., art. 839 et 1848 combinés ; v. *supra*, p. 99 (législation allemande maintenue en vigueur en Alsace-Lorraine).

soin de légiférer quant à son organisation elle-même ⁽²¹⁾.

Il doit exister au moins un Conseil des orphelins dans chaque commune, car, par définition, le « *Gemeinde* »-*waisenrat* est un organe communal. Mais le Code allemand ne dit pas si ses fonctions doivent être exercées par un individu ou par une assemblée. Rien ne s'oppose, en principe, à la collégialité de cet organe, bien que la plupart des législations locales allemandes en aient confié les fonctions à un individu. Ces législations prévoient le nombre de conseillers à nommer selon l'importance de la population ⁽²²⁾, et, en général, décident qu'au cas de pluralité de conseillers pour une même commune, il doit être, à chacun d'eux, attribué une circonscription déterminée ⁽²³⁾. De même est prévue, pour chaque commune, la nomination d'au moins un conseiller honoraire (ou auxiliaire), celui-ci devant effectivement remplir ses fonctions, lorsque le titulaire est empêché ⁽²⁴⁾.

Le mode de nomination lui-même est laissé au choix des législations locales : en Alsace-Lorraine, les conseillers étaient proposés par le Conseil municipal et confirmés dans leurs fonctions (*bestätigt*) par le Tribunal des tutelles ⁽²⁵⁾. Dans le Wurtemberg, c'est le Con-

(21) STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, Munich, 1908, t. IV, p. 1304, note 8 et s.

(22) Ainsi, en Alsace-Lorraine, il devait y avoir au moins un conseiller des orphelins par 4.000 habitants (décret du 17 novembre 1899, *Verordnung betreffend die Bestellung der Gemeindewaisenträte*, art. 1).

(23) Pour l'Alsace-Lorraine, décret précité du 17 novembre 1899, art. 3.

(24) Même décret, art. 4, al. 1.

(25) Même décret, art. 5, al. 1 ; NURCK, *op. cit.*, p. 880.

seil municipal lui-même qui fait office de Conseil des orphelins, à moins qu'il ne délègue l'exercice de ces dernières fonctions à un ou plusieurs particuliers⁽²⁶⁾.

Le Code civil allemand ne rend pas la charge de conseiller obligatoire, mais les législations locales peuvent la déclarer telle⁽²⁷⁾. D'autre part, ses fonctions sont temporaires et se trouvent, en général, limitées à une durée de quatre ou cinq ans⁽²⁸⁾ ; dans ce cas, elles sont gratuites. Mais on admet que la commune peut constituer le Conseil des orphelins en un office permanent — ce qui a eu lieu, en fait, dans toutes les communes de quelque importance — et, dans ce cas, la rétribution est admise.

§ 3. — *Le Conseil des orphelins dans la pratique.*

Le Conseil des orphelins du Code civil allemand a suscité en deçà du Rhin de nombreux commentaires élogieux, et plusieurs auteurs l'ont représenté comme un chef-d'œuvre du législateur germanique. Mais, tandis que la doctrine française manifestait un tel engouement pour le *Gemeindewaisenrat*, celui-ci, en Allemagne même, était loin de susciter pareil enthousiasme, et bientôt de vives critiques s'élevaient contre lui⁽²⁹⁾ ; tant il est vrai que nul n'est prophète dans son pays.

(26) Loi d'introduction du Code civil allemand dans le Wurtemberg, du 28 juillet 1899, art. 56. — STAUDINGER, *op. cit.*, t. IV, p. 1305 *in fine*.

(27) F.-K. WEBER, *op. cit.*, p. 119 *in fine*. — Ainsi, en Alsace-Lorraine, on ne pouvait refuser la charge de conseiller qu'à moins d'invoquer certaines excuses (loi d'introduction du C. civ. allem. en Alsace-Lorraine, du 17 avril 1899, art. 132, 133).

(28) En Alsace-Lorraine, cette durée était de cinq ans (décret précité du 17 novembre 1899, art. 2, al. 1).

(29) FUCHS, *op. cit.*, *Vorbem.*, p. 600 ; KLUMKER, *Berufsvormundschaft*, 1907, p. 33 ; F.-K. WEBER, *op. cit.*, p. 122.

La mission la plus délicate qui incombe au Conseil des orphelins est, avons-nous dit, la surveillance qu'il doit exercer vis-à-vis du tuteur. Dans l'exercice de ses fonctions, il n'a aucun pouvoir de contrainte, mais il doit, malgré tout, s'efforcer de ramener dans la bonne voie le tuteur qui commet des infractions ou des abus. Ainsi en a décidé le législateur allemand, qui, vraiment, a trop fait confiance au Conseil des orphelins : car — à moins de posséder un ascendant moral bien rare chez le commun des mortels — les exhortations du conseiller ne serviront à rien, sinon à lui attirer l'inimitié de la personne à laquelle s'adressaient ces exhortations. S'il ne se sent pas le courage d'intervenir personnellement auprès du tuteur, osera-t-il informer le juge des tutelles des faits délictueux ? Ne risquera-t-il pas, lui, simple particulier, en donnant de mauvais renseignements sur un autre particulier, de se faire un ennemi implacable ? Pourquoi agirait-il, si son action ne doit lui causer que des désagréments ? Et sa mission de surveillance restera, en général, purement théorique, comme l'est d'ailleurs celle de notre subrogé tuteur français. « Le Conseil des
« orphelins, écrit un auteur allemand, doit informer
« le Tribunal des tutelles de tous les manquements cons-
« tatés : il s'attirera, ce faisant, la haine du tuteur. Il
« suffit qu'il fasse cette expérience, ou encore qu'il
« s'avise de donner des conseils — qui ne seront, d'ail-
« leurs pas écoutés (ou qui produiront des résultats
« bien différents, peut-être, de ceux espérés) — toute
« l'institution devient une simple façade, et il n'est plus

« question alors de la *vivante collaboration* entre le Tribunal des tutelles et le Conseil des orphelins » ⁽³⁰⁾.

Pratiquement, de toutes les obligations que lui impose le Code civil allemand, le Conseil des orphelins ne remplit que celle d'informateur, en signalant au Tribunal des tutelles les cas où il y a lieu de nommer un tuteur, et quelquefois en lui proposant telle personne apte à être nommée. En fait, sa sphère d'activité est donc loin d'être aussi vaste que celle que lui assignait le Code civil allemand. Par contre, celui-ci, en ce qui concerne les renseignements demandés par le Tribunal des tutelles au Conseil des orphelins, ne prévoyait que ceux visant la situation personnelle et la conduite d'un pupille. Or, en pratique, le Tribunal recourt aux services du *Gemeindewaisenrat* pour d'autres cas non prévus par le Code allemand : ainsi, couramment, le Conseil fera fonctions de vérificateur des mises à prix proposées dans une vente aux enchères d'immeubles situés dans sa circonscription et appartenant à des mineurs ⁽³¹⁾. Pour une vente de gré à gré, il pourra dire au Tribunal des tutelles, si le prix offert est avantageux pour le pupille, et l'autorisation du juge dépendra souvent de son avis.

Ainsi, il ne faut pas exagérer les mérites de l'institution du *Gemeindewaisenrat*. Tel quel, son fonctionnement est assez satisfaisant en pratique, mais il n'est pas celui qu'avaient escompté les rédacteurs du Code civil allemand.

⁽³⁰⁾ F.-K. WEBER, *op. cit.*, p. 122.

⁽³¹⁾ Même lorsque les mineurs n'y sont pas domiciliés ou n'y résident pas.

B. — *Le Conseil des orphelins
dans les autres législations.*

Si le Conseil des orphelins du droit allemand peut être pris comme type de l'agent de surveillance, d'information et de renseignement en matière de tutelle, il y a cependant dans les autres législations des organes ayant des attributions analogues et qu'il serait intéressant de connaître.

La Suisse, l'Italie, l'Espagne et la Belgique, avons-nous dit ⁽³²⁾ possèdent un agent d'information dans la personne de l'officier d'état civil, lequel est tenu de signaler les cas donnant lieu à ouverture de la tutelle. Mais, en principe, le rôle de l'officier d'état civil comme tel ⁽³³⁾ ne va pas plus loin en matière de tutelle. Aucun de ces pays ne possède un organe ayant des attributions semblables à celle du *Gemeindewaisenrat*. A ce dernier on a voulu comparer l'*autorité de surveillance* du Code suisse ⁽³⁴⁾, mais celle-ci surveille plutôt l'*autorité tutélaire* elle-même que le tuteur ou le pupille ; ainsi elle joue vis-à-vis de l'autorité tutélaire le rôle de notre Tribunal civil vis-à-vis du Conseil de famille en matière de recours ⁽³⁵⁾. Il n'y a donc guère de comparaison possible entre elle et le *Gemeindewaisenrat* ^(35 bis).

⁽³²⁾ *Supra*, p. 53, 54.

⁽³³⁾ En Espagne, l'officier de l'état civil peut être, en même temps, juge municipal (c'est même le cas normal), et se trouve alors chargé d'attributions assez variées en matière de tutelle ; c'est lui, notamment, qui constitue le Conseil de famille.

⁽³⁴⁾ F. COSENTINI, *Le droit de famille ; essai de réforme*, Paris, 1929, p. 487 *in fine*, 488.

⁽³⁵⁾ ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, t. I, p. 460 et s.

^(35 bis) Rien n'empêche cependant les cantons eux-mêmes d'instituer un organe analogue. Le Code civil suisse dispose, en effet, dans son article 425, que « les cantons peuvent, dans leurs ordon-

Au contraire, nous retrouvons l'idée d'un Conseil des orphelins, contenue dans certains projets de loi français ou étrangers, ou réalisés en Hollande et dans les pays scandinaves.

§ 1. — *Le « Voogdijraad » du droit hollandais.*

Le Code civil néerlandais a été modifié, dans sa partie concernant la puissance paternelle et la tutelle, par une loi du 6 février 1901. Cette loi, modifiée à son tour par une autre du 27 septembre 1909, a institué un organe qui présente quelque analogie avec le Conseil des orphelins : le Conseil de tutelle ou *Voogdijraad* ⁽³⁶⁾.

Il ne s'agit plus cependant d'un organe communal : le Conseil dépend de l'arrondissement. Il y en aura au moins un par arrondissement ⁽³⁷⁾. Les membres de chaque Conseil, dont le nombre variera de cinq à onze, devront être domiciliés dans l'arrondissement ; c'est la reine qui les nomme ou les destitue ⁽³⁸⁾. Annuellement, le Conseil enverra au Ministre de la Justice et au Tribunal d'arrondissement un rapport sur son activité au cours de l'exercice précédent ⁽³⁹⁾.

Comme organe d'information et de renseignement, il doit nécessairement être consulté sur les demandes en

nances, compléter les dispositions (du Code)... relatives à la coopération des autorités de tutelle ». A titre d'exemple, nous citerons le *Comité de protection de l'enfance* établi dans le canton de Fribourg par l'article 123 de la loi du 22 novembre 1911 concernant l'application du Code civil suisse dans ce canton.

⁽³⁶⁾ M. TRAVERS, *Etude sur le mouvement législatif*, etc., dans *Bull. législ. comp.*, 1913, p. 372 et s.

⁽³⁷⁾ C. civ. holland., art. 385 b.

⁽³⁸⁾ Arrêté de la Reine du 11 février 1909, art. 3.

⁽³⁹⁾ Même arrêté, art. 20.

destitution du tuteur ou sur l'excuse qu'invoque ce dernier pour se démettre de ses fonctions ⁽⁴⁰⁾. Enfin, il est plus qu'un organe de surveillance, puisqu'il a le droit de demander la destitution du tuteur ou du subrogé tuteur, ou la décharge, pour cause d'incapacité, du tuteur ⁽⁴¹⁾.

D'une façon générale, les pouvoirs du *Voogdijraad* sont beaucoup plus étendus que ceux du *Gemeindewaisenrat*.

§ 2. — Les « tuteurs généraux » et les « surtuteurs »
du droit scandinave.

En Suède et en Norvège, les fonctions de haute tutelle sont confiées aux tribunaux. Mais à ceux-ci se trouvent adjoints des organes auxiliaires présentant quelques traits communs avec le *Gemeindewaisenrat*. Assez récemment, d'ailleurs, ces organes ont subi quelques modifications, par la loi du 27 juin 1924 pour la Suède ⁽⁴²⁾ ; par la loi n° 3 du 22 avril 1927 pour la Norvège ⁽⁴³⁾.

Avant ces lois, en Suède ⁽⁴⁴⁾, chaque commune nommait un ou plusieurs commissaires appelés *gode män* ⁽⁴⁵⁾. Ceux-ci, qui devaient satisfaire sensiblement aux mêmes conditions de capacité que celles exigées des tuteurs, étaient élus pour quatre ans. Ces *gode män* avaient pour mission de surveiller les tuteurs ; c'est à eux que le tuteur devait remettre son compte chaque année ; il leur appartenait d'apprécier s'il y avait lieu

⁽⁴⁰⁾ C. civ. holland., art. 438 a, 440 a.

⁽⁴¹⁾ C. civ. holland., mêmes articles.

⁽⁴²⁾ *Ann. législ. étrang.*, 1925, p. 434 et s.

⁽⁴³⁾ *Ann. législ. étrang.*, 1928, p. 432 et s.

⁽⁴⁴⁾ E. LEHR, *Eléments de droit civil scandinave*, p. 341 et s.

⁽⁴⁵⁾ Littéralement : « hommes probes ».

d'exiger du tuteur une hypothèque ou d'autres sûretés ; c'était à eux enfin d'en référer au Tribunal en cas de mauvaise gestion de la part du tuteur. En Norvège, le Conseil administratif communal, de concert avec le juge inférieur du ressort, nommait, également pour quatre ans, deux personnes honorables comme tuteurs supérieurs ou *overformynder*. Leurs attributions étaient encore plus importantes que celles des *gode män* suédois, puisque la fortune du pupille se trouvait entre leurs mains. Eux-mêmes étaient d'ailleurs contrôlés, d'une part, par deux réviseurs choisis par le Conseil provincial et, d'autre part, par le préfet du département.

Depuis, les lois précitées ont remplacé les *gode män* suédois par des *surtuteurs*, et les *overformynder* norvégiens par des *tuteurs généraux*. Cependant, pratiquement, les changements apportés par ces lois ne sont pas importants, et, sous des noms différents, les *surtuteurs* et les *tuteurs généraux* gardent sensiblement les mêmes attributions qu'avaient les *gode män* et les *overformynder* autrefois ⁽⁴⁶⁾.

§ 3. — *Le Conseil des orphelins* *dans les projets français.*

A plusieurs reprises, on a émis l'idée de créer, en France, une institution analogue au *Gemeindewaisenrat* allemand.

⁽⁴⁶⁾ V. notamment, pour la Suède, W. UPPSTRÖM, *Notice sur le mouvement législatif*, dans *Ann. législ. étrang.*, 1925, p. 440, note 2.

En ce qui concerne la protection des enfants naturels, le projet déjà cité ⁽⁴⁷⁾ de la Société d'études législatives prévoyait la création d'un *Conseil de tutelle des enfants naturels*, « présentant — ainsi que l'annonçait son rapporteur, M. Ambroise Colin — quelque analogie avec le Conseil communal des orphelins ». Ce Conseil de tutelle — il devait en exister au moins un par arrondissement — était composé d'un magistrat et de six membres (personnes de bonne volonté) choisis par le Tribunal civil. Le projet maintenait, pour les enfants naturels, l'institution du Conseil de famille, avec lequel, dans certains cas, le Conseil de tutelle aurait pu se confondre. Mais le Conseil de tutelle, comme tel, ne devait pas avoir d'autres attributions « qu'une mission de surveillance et de haut contrôle consistant, le plus fréquemment, à provoquer l'action du ministère public, « trop souvent inerte jusqu'à présent parce qu'il est mal renseigné » ⁽⁴⁸⁾. A ce propos, le rapporteur comparait les attributions du Conseil de tutelle à celles du *Comité de pères de famille* dont le Conseil général de Seine-et-Oise réclamait, en 1878, la création ⁽⁴⁹⁾ ; le vœu émis à l'époque par le Conseil général demandait la constitution, dans chaque canton, d'un Comité de pères de famille, qui aurait été chargé de rechercher et de signaler aux familles et, au besoin, à l'autorité judiciaire, les cas où la vie, la santé ou la moralité des enfants serait en péril.

En 1910, l'idée des Conseils de tutelle était encore

⁽⁴⁷⁾ *Supra*, p. 90, 91.

⁽⁴⁸⁾ A. COLIN, *Rapport*, dans *Bull. ét. législ.*, 1901-02, p. 573.

⁽⁴⁹⁾ A. COLIN, *Rapport*, dans *Bull. ét. législ.*, 1903, p. 31.

reprise. Le 1^{er} juillet, une proposition était déposée au Sénat et à la Chambre par MM. d'Estournelles de Constant, Beauquier et autres ⁽⁵⁰⁾. La proposition prévoyait la création d'un Conseil de tutelle par arrondissement. Ce Conseil devait se composer d'un juge de tutelle désigné par le premier président de la Cour d'appel et de plusieurs membres nommés par le président du Tribunal civil. Certains membres en faisaient d'ailleurs partie de droit, ainsi :

« 1° Le juge de paix de chaque canton de l'arrondissement ;

« 2° Le maire de chaque commune de l'arrondissement ;

« 3° Les directeurs et les directrices d'école de l'arrondissement ;

« 4° Un membre des sociétés de patronage ou des sociétés de protection de l'enfance reconnues d'utilité publique ou des comités de défense des enfants traduits en justice » ⁽⁵¹⁾.

La mission de cette assemblée aurait été sensiblement plus vaste que celle des Conseils de tutelle de la Société d'études législatives : elle s'étendait non seulement à la protection des enfants naturels, mais encore à celle des enfants légitimes. Ses pouvoirs étaient augmentés : le Conseil devait « surveiller les mineurs dont
« les représentants légaux s'acquittent insuffisamment
« des devoirs de protection qui leur incombent... et

(50) Doc. parlam. Chambre, 1909, annexe n° 301, p. 660 ; *Revue pénitentiaire*, 1910, p. 1053 et s., 1282, 1283 ; *Revue pénitentiaire*, 1912, p. 527 et s.

(51) Art. 2, al. 5 de la proposition de loi.

« prendre telle mesure qu'il juge bonne dans l'intérêt
« de l'enfant, le représentant légal entendu... notam-
« ment transférer la garde de l'enfant à une personne
« plus digne ou nommer un autre administrateur des
« biens du mineur s'il en a, ou retirer aux parents leur
« droit d'usufruit sur les biens de l'enfant » ^(51 bis).
C'est plus qu'un simple organe auxiliaire de surveillance
qu'instituait cette proposition, mais une véritable juri-
diction armée de pouvoirs exorbitants.

Lors de la préparation de la loi sur les pupilles de la Nation, la question des Conseils de tutelle fut à nouveau agitée. Deux textes vinrent en discussion : la proposition de la Commission sénatoriale et le projet du Gouvernement. De l'un et de l'autre sortit la loi du 27 juillet 1917 *instituant des pupilles de la Nation* ⁽⁵²⁾. Cette loi a adopté, pour la protection des pupilles de la Nation, une organisation à trois degrés — office national, offices départementaux, sections cantonales — dont les deux derniers peuvent, à maints égards, être comparés avec les Conseils des orphelins. L'office départemental a, cependant, des pouvoirs beaucoup plus étendus : ainsi, il peut provoquer la déchéance de la puissance paternelle des parents de pupilles ⁽⁵³⁾, accorder

(51 bis) Art. 4 et 5 de la proposition de loi.

(52) *Bull. études législ.*, 1914-1917, p. 247 et s. (Rapport Berthélemy et discussion), 293 et s., 317 et s. — Doc. parlam. Sénat, 1915, annexe n° 148, p. 53, annexe 204, p. 100. — Rapports Perchot (Doc. parlam. Sénat, 1915, annexe n° 404, p. 376) et Léon Bérard (Doc. parlam. Chambre, 1917, annexe n° 2838, p. 289). — M. FÉLIX, *Les pupilles de la Nation*, Paris, 1924 ; J. CHALLAMEL, *Loi du 27 juillet 1917 et décrets réglementaires sur les pupilles de la Nation*, Paris, 1919.

(53) Loi du 27 juillet 1917, art. 14, 1°.

des subventions ⁽⁵⁴⁾, nommer, à la demande du Conseil de famille, un *conseiller de tutelle* ⁽⁵⁵⁾, qui doit aider et surveiller le tuteur, et informer le Conseil de famille quand besoin sera ^(55 bis) ; toutefois, cette nomination ne s'imposera au tuteur qu'en cas de tutelle dative exercée par d'autres que par des ascendants. Le rôle de la *section cantonale* se rapprocherait davantage de celui du *Gemeindewaisenrat* : c'est un organe auxiliaire d'information ^(55 ter).

§ 4. — *Les « Comités de patronage de mineurs » dans le projet italien.*

Signalons enfin les dispositions du projet italien. Depuis 1923, la réforme des Codes est à l'étude en Italie, et une commission y a été chargée de préparer les modifications à apporter au Code civil ⁽⁵⁶⁾. Cette commission a élaboré un projet qui, en matière de tutelle, institue un organisme accessoire ou auxiliaire : le *Comité de patronage de mineurs*. Ce Comité serait chargé :

a) de signaler au juge des tutelles ⁽⁵⁷⁾ les cas dans lesquels une tutelle doit être constituée ;

b) de renseigner le juge sur les personnes aptes à en assumer la charge ;

⁽⁵⁴⁾ Même loi, art. 14, 3°.

⁽⁵⁵⁾ La proposition de la Commission sénatoriale prévoyait l'institution d'un *tuteur social*, dont les pouvoirs n'étaient guère plus étendus que ceux de ce conseiller de tutelle. Le nom même de *tuteur social* fit peur, et ce fut finalement un conseiller de tutelle qui fut créé. — FÉLIX, *op. cit.*, p. 197.

^(55 bis) Loi du 27 juillet 1917, art. 23, 24.

^(55 ter) Même loi, art. 18.

⁽⁵⁶⁾ André COLIN, *La famille dans la législation italienne*, thèse Paris, 1932, p. 63 et s. — *Codice civile, Primo libro, Progetto et relazione* (Commissione reale per la riforma dei codici), Rome, 1931.

⁽⁵⁷⁾ Le projet italien prévoit l'institution d'un *juge des tutelles*.

c) de lui indiquer les aptitudes du mineur pour le choix d'un art ou d'un métier (orientation scolaire et professionnelle) ;

d) de dénoncer les abus du tuteur ⁽⁵⁸⁾.

En outre, ce Comité de patronage pourrait intenter, contre le père ou la mère, une action en déchéance de la puissance paternelle ⁽⁵⁹⁾. Bien plus, il pourrait lui-même exercer la tutelle ⁽⁶⁰⁾.

Dans son ensemble, le *Comité de patronage de mineurs* serait à rapprocher du *Gemeindewaisenrat* allemand, si l'on considère surtout sa mission normale. Par contre, sa mission extraordinaire (action en déchéance, exercice de la tutelle) ressemblerait davantage à celle des *Conseils de tutelle* proposés chez nous en 1910.

C. — *Un Conseil des orphelins en droit français ?*

Sous des noms divers et sous des applications différentes, nous venons d'étudier l'institution du Conseil des orphelins dans les législations étrangères. Or, les unes, comme le droit allemand, lui donnent, à défaut de pouvoirs propres, une mission trop vaste et trop délicate, laquelle, finalement, ne sera pas exécutée ; les autres lui reconnaissent des pouvoirs de contrainte plus ou moins forts, et son rôle deviendra facilement vexatoire. Dans ces conditions, y a-t-il encore intérêt à adopter chez nous une institution analogue ?

⁽⁵⁸⁾ A. COLIN, *op. cit.*, p. 270.

⁽⁵⁹⁾ A. COLIN, *ibid.*, p. 249.

⁽⁶⁰⁾ A. COLIN, *ibid.*, p. 271.

Certes, aucun des systèmes étrangers que nous venons de passer en revue ne saurait être introduit tel quel dans notre législation. Et cependant, il nous faut un agent qui puisse *informer* la haute tutelle et la *renseigner*.

Le besoin s'en fait sentir surtout lors de l'ouverture de la tutelle ; mais encore pendant toute la durée de celle-ci, il sera utile d'avoir sur place un auxiliaire prêt à apporter sa collaboration. Reste à organiser cette collaboration en nous inspirant des législations étrangères, et en les adaptant à notre régime familial de la tutelle.

Car, il ne faut pas s'y tromper, l'organe auxiliaire que prévoient celles-ci correspond à un régime qui confie à l'Etat la protection des incapables : il devient alors presque une nécessité. Au contraire, la famille, exerçant la tutelle, pourra, en général, se dispenser des services d'un agent d'information, de renseignement ou de surveillance : ces missions seront remplies aussi bien, sinon mieux, par elle que par un étranger. Le Conseil de famille étant plus près du pupille et mieux au courant des affaires de ce dernier que n'importe qui, sera informé et renseigné par lui-même. Quant à la mission de surveillance, elle ressortit à ses attributions essentielles, et c'est à lui de l'exercer, directement, sans intermédiaire ⁽⁶¹⁾.

Néanmoins, on a pu accuser la famille d'inertie, reproche, hélas, souvent fondé ; nous l'avons constaté à

(61) C'est surtout dans le cas d'administration légale que le conseiller de tutelle aurait un rôle efficace. Avant de donner une autorisation (notamment en matière de vente, échange, etc...), le juge de paix aurait là une excellente source de renseignements.

propos de la constitution de la tutelle, où personne n'en veut prendre l'initiative et où un informateur officiel devient nécessaire. Dans certains cas aussi, la famille contemporaine, si dispersée, aura besoin d'être doublée d'un agent de renseignement. Alors se fait sentir la nécessité de créer un agent analogue au *Gemeindewaisenrat*, mais auquel on aurait retiré toute mission de surveillance proprement dite.

En définitive, nous proposerions le système suivant : dans chaque commune, le Conseil municipal nommerait au moins une personne qui prendrait le titre de *conseiller de tutelle*, celui de *Conseil des orphelins* étant trop imprécis et trop restrictif à la fois. Cette personne pourrait être précisément un membre du Conseil municipal ; sinon, rien ne s'opposerait à ce que l'on nomme une femme.

Le conseiller de tutelle nommé pour un temps déterminé, remplirait ses fonctions bénévolement et, en principe, gratuitement. Mais les municipalités, surtout dans les centres importants, seraient libres d'en décider autrement ; elles pourraient même nommer plusieurs conseillers de tutelle, en assignant à chacun un secteur déterminé. Le nom du ou des conseillers de tutelle serait communiqué au greffe de la Justice de paix, où l'on tiendrait une liste de toutes les personnes exerçant ces fonctions dans le canton.

La mission du conseiller de tutelle consisterait, avant tout, à informer le juge de paix des cas où il doit intervenir : ainsi, au cas de décès du père ou de la mère, pour

exiger la remise d'un inventaire⁽⁶²⁾, et, au cas de décès du survivant des parents, pour former le Conseil de famille. On recommanderait également au conseiller de tutelle de signaler au Conseil de famille, au juge de paix ou au ministère public, les abus commis par le tuteur⁽⁶³⁾. Enfin, il serait à la disposition du juge de paix et du Conseil de famille pour leur fournir tous renseignements sur des pupilles ou sur des affaires de tutelle intéressant sa circonscription. En tous cas, le conseiller de tutelle n'aurait aucun pouvoir de contrainte, et ne serait même investi d'aucune mission de surveillance proprement dite. Ses attributions, peu nombreuses (information, renseignement), n'en seraient pas moins très importantes.

On pourrait objecter que le conseiller de tutelle, tel que nous le proposons, ne fonctionnera comme auxiliaire que dans la protection du patrimoine du mineur ; il ne concourra pas à la protection de sa personne, si ce n'est, indirectement, en provoquant la constitution du Conseil de famille. Or, la sauvegarde physique et morale de l'orphelin est la chose essentielle qu'il ne faut pas perdre de vue. Cela est évident et si, en général, le système tutélaire normal — qu'il s'agisse de tutelle de la famille ou de l'Etat — peut suffire, il est des cas où il ne peut assurer seul la protection de la personne du

(62) Ce rôle incomberait, cependant, principalement à l'officier de l'état civil ; mais celui-ci a pu commettre des négligences ou être parfois mal renseigné.

(63) Nous avons vu, à propos du *Gemeindewaisenrat*, qu'il ne faut pas de faire d'illusions quant à l'accomplissement d'une telle mission. Aussi proposons-nous ci-après d'y remédier par l'institution d'offices municipaux *ad hoc*.

pupille. Ainsi, selon nous, le régime normal doit suffire dans les campagnes et dans les petites villes, car là n'est pas le danger. Mais dans les fortes agglomérations, dans les milieux ouvriers, dans les taudis, voilà où il faut intervenir et organiser, sinon renforcer, la protection de l'enfance. Nous sortons ici du domaine du droit pour entrer dans celui de la sociologie.

En Alsace-Lorraine, où l'on connaît encore l'institution du Conseil des orphelins, des villes comme Strasbourg ou Metz en ont modifié l'organisation et même la conception première, en créant des *Offices municipaux de la jeunesse*. Prenant d'année en année plus d'importance, ces Offices ont un rôle éminemment bienfaisant. Des médecins, des infirmières, des personnes charitables sont attachés à l'Office, des visites organisées à domicile (les personnes visiteuses ayant, en général, chacune un quartier assigné à leur inspection), des fichiers sont constitués, etc... Tout concourt à la protection de la personne des mineurs. D'ailleurs, la question patrimoniale n'en est pas, pour cela, négligée. Un *tuteur général municipal* est à la disposition du Tribunal des tutelles, pour être nommé tuteur dans tous les cas où il ne se trouve pas d'autre personne apte à remplir ces fonctions. Enfin, la mission de surveillance que devrait remplir tout Conseil des orphelins, est réellement exercée ici par l'Office ⁽⁶⁴⁾.

(64) V. la description de l'office municipal de la Ville de Strasbourg, dans F. SCHNEPP, *op. cit.*, p. 118 à 133. — Nous tenons à remercier spécialement MM. Meyer, tuteur général municipal, Ginther et Lœdel, de l'Office de la Jeunesse de la Ville de Metz, pour les renseignements qu'ils ont bien voulu nous fournir.

Selon nous, les centres de quelque importance, dans les régions industrielles surtout, pourraient utilement confier à des associations charitables une mission analogue à celle des Offices municipaux alsaciens-lorrains. Ainsi donc, en combinant l'institution d'un conseiller de tutelle — obligatoire dans chaque commune — avec la création d'un Office de la jeunesse — laissée à l'initiative des grandes villes — on aurait créé, entre le tuteur et la haute tutelle, un rouage qui fonctionnerait pour le plus grand bien des pupilles.

TROISIEME PARTIE

FONCTIONNEMENT DE LA TUTELLE

CHAPITRE I. — *Direction de la personne du pupille.*

CHAPITRE II. — *Représentation du pupille par le tuteur.*

CHAPITRE III. — *Administration du patrimoine.*

TROISIEME PARTIE

FONCTIONNEMENT DE LA TUTELLE

On a souvent comparé la tutelle à un gouvernement, dans lequel le Conseil de famille constituerait le corps délibérant, tandis que le tuteur serait investi du pouvoir exécutif ⁽¹⁾. Cependant, toutes proportions gardées, le Conseil de famille a un rôle beaucoup plus restreint que celui d'un parlement et le tuteur des pouvoirs sensiblement plus étendus que ceux d'un ministre. Le droit comparé est en ce sens : la plupart des législations étrangères reconnaissent au tuteur des pouvoirs propres assez étendus ⁽²⁾.

(1) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. I, p. 17, 18.

(2) Les « motifs » du Code civil allemand, marquant ici une réaction contre l'ancien droit commun de la Prusse, insistent sur ce point en consacrant plusieurs pages au principe de l'autonomie du tuteur (*Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes*). — *Motive*, t. IV, p. 1022 et s.

CHAPITRE PREMIER

Direction de la personne du pupille

En principe, le tuteur a le pouvoir et le devoir de s'occuper de la personne du pupille en même temps que des intérêts patrimoniaux de ce dernier. Cependant, actuellement, chez nous, il peut arriver que la puissance paternelle et la tutelle soient séparées l'une de l'autre et confiées à des personnes différentes. Dans ce cas, la notion de tutelle se restreint et ne s'applique plus qu'à la protection du patrimoine du pupille, et, corrélativement, la puissance paternelle est amputée d'un de ses attributs, l'administration légale. Cette situation, véritablement illogique, ne se retrouve pas dans la plupart des législations étrangères, et nous avons proposé, dans la première partie de cette étude, de la supprimer ou, du moins, de la rendre exceptionnelle, en opposant le terme *puissance paternelle* à celui de *tutelle*.

Le Code civil ne s'est guère préoccupé de réglementer la direction de la personne du pupille. « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur... », se contente de déclarer l'article 450, alinéa 1. On pourrait lui reprocher de n'avoir consacré à cette question que la moitié d'un alinéa, dans un titre qui comprend cent articles, et d'avoir laissé toute initiative en cette matière au tuteur.

Ainsi, ce dernier sera libre, en principe, de donner l'éducation qu'il veut au mineur, dans les limites toutefois de l'article 454 qui décide que le Conseil de famille fixera la « dépense annuelle du mineur ». C'est donc, comme le dit LAURENT, une question de budget plutôt que d'éducation. Cependant, le Code civil allemand reconnaît, en cette matière, à peu près la même liberté au tuteur⁽³⁾, si ce n'est que celui-ci peut se voir retirer par le Tribunal des tutelles le soin de l'éducation religieuse, lorsque le tuteur n'appartient pas à la confession dans laquelle doit être élevé le pupille⁽⁴⁾. Le Code suisse n'est pas plus explicite : « Le tuteur veille à l'entretien et à l'éducation du pupille mineur »⁽⁵⁾, dit-il sans préciser davantage. D'ailleurs les mœurs viennent ici tempérer ce que pourrait avoir d'excessif la liberté du tuteur en cette matière. En principe, on doit admettre que le tuteur a ici toute l'initiative, mais son pouvoir n'est pas discrétionnaire ; il est subordonné au contrôle du Conseil de famille et pourra recevoir des injonctions de ce dernier. La jurisprudence est en ce sens⁽⁶⁾, mais il serait bon, peut-être, de l'appuyer sur un texte plus précis. Ainsi, le Code civil espagnol décide que « le « tuteur est tenu de nourrir et d'élever le mineur ou « l'incapable conformément à sa condition, en se soumettant strictement aux prescriptions de ses parents et, à leur défaut, à celles qui auront été faites par le

⁽³⁾ C. civ. allem., art. 1793, 1800, renvoyant aux art. 1631, 1632, 1633.

⁽⁴⁾ C. civ. allem., art. 1801.

⁽⁵⁾ C. civ. suisse, art. 405, al. 1 ; v. également, concernant l'éducation religieuse, art. 378, al. 3.

⁽⁶⁾ Nancy, 23 juin 1906, D. 1908.2.329, S. 1907.2.145.

« Conseil de famille... » (7). Ce texte reconnaît formellement au Conseil de famille une part — trop grande peut-être — dans la direction de la personne du pupille. Mais dans son principe, l'idée est juste : le droit et le devoir de la famille est de s'intéresser surtout à la personne du pupille et, partant, à l'éducation du mineur. Là où l'intervention de la haute tutelle d'Etat paraîtra souvent choquante, celle du Conseil de famille sera tout à fait normale.

L'intervention du Conseil en matière de direction de la personne a lieu encore pour l'exercice du droit de correction (8), pour l'émancipation du pupille (9), pour consentir à son mariage (10), pour contracter un engagement aux armées (11). A cela, on ne peut, semble-t-il, rien objecter.

Il est même admis que, si le gouvernement de la personne du mineur est de la nature du pouvoir tutélaire, il n'est pas de son essence, et que, chaque fois que l'intérêt du mineur le commande, le Conseil de famille a le droit de retirer au tuteur la direction de la personne du mineur — la garde — pour la confier à une autre personne ; le rôle du tuteur primitif sera alors limité à l'administration des biens, en sorte qu'il pourra y avoir, ainsi que nous l'avons dit, un tuteur à la personne, ou honoraire, et un tuteur aux biens, ou onéraire. La jurisprudence est en ce sens (12).

(7) C. civ. espagnol, art. 264, 1°.

(8) C. civ. franç., art. 468.

(9) C. civ., art. 478, 479.

(10) C. civ., art. 159.

(11) Loi du 1^{er} avril 1923 sur le recrutement de l'armée, art. 61, 6°.

(12) V. *supra*, p. 73 et note 4.

Dans ce chapitre, nous venons de parler surtout du pupille mineur ; qu'en est-il de l'interdit ?

L'article 509 du Code civil décide que « l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens... » ; cependant, la principale préoccupation sera ici la guérison de l'aliéné : ses revenus doivent être « essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison » ⁽¹³⁾. La direction de la personne n'est plus une question d'éducation, mais d'internement : « Selon le caractère de sa maladie et l'état de sa fortune, « le Conseil de famille pourra arrêter qu'il (l'interdit) « sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé dans « une maison de santé, et même dans un hospice » ⁽¹⁴⁾. On ne saurait critiquer la liberté du Conseil de famille en cette matière, car l'internement fait dans ces conditions — alors que l'état de folie est officiellement déclaré — est exempt des reproches qu'on adresse à la loi du 30 juin 1838, à propos de l'internement des aliénés non interdits ⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ C. civ., art. 510, al. 1.

⁽¹⁴⁾ C. civ., art. 510, al. 2.

⁽¹⁵⁾ V. *supra*, p. 11 et note 30.

CHAPITRE DEUXIEME

Représentation du pupille par le tuteur

Le tuteur, dans sa gestion, est le mandataire légal du pupille. Il le « représentera dans tous les actes civils », décide l'article 450 du Code civil. Le principe de la représentation, que le droit romain n'a dégagé que très lentement et admis bien tard ⁽¹⁾, est consacré aujourd'hui par toutes les législations qui réglementent la tutelle, exception faite du droit anglais, où le système du *trust* appliqué à la tutelle n'aboutit pas à une véritable représentation du mineur par son *trustee* ⁽²⁾, et présente plutôt les caractères de la *negotiorum gestio*.

Il y a cependant, au principe de la représentation, des exceptions nécessaires. Il est des actes pour l'accomplissement desquels un mandataire, même légal, ne saurait être qualifié, et qui, de toute évidence, nécessitent l'intervention personnelle du mineur : tels sont le mariage, le contrat de mariage, la reconnaissance d'enfant

(1) GIRARD, *Manuel élém.*, p. 231.

(2) Ed. JENKS, *op. cit.*, art. 1765. — V. FÈRE, *op. cit.*, p. 55, 56, 67. — P. LEPAULLE, *Les fonctions du trust et les institutions équivalentes en droit français*, dans *Bull. législ. comp.*, 1929, p. 312 et s., et 353.

naturel, le testament, l'engagement aux armées, le contrat de travail ⁽³⁾.

Mais on peut concevoir d'autres actes que le mineur pourrait accomplir lui-même, ce qui constituerait pour lui une excellente initiation aux affaires. Ainsi on admet, en dehors du cas d'émancipation, qu'il peut, s'il est artisan, contracter pour tout ce qui concerne son art. De même les actes de tous les jours peuvent être faits par le mineur lui-même : *de minimis non curat praetor*. Le mineur peut encore faire tous les actes conservatoires de sa fortune, par exemple requérir l'inscription de son hypothèque légale ⁽⁴⁾ ou interrompre une prescription. Certaines lois lui ont accordé une initiative sur d'autres points. C'est ainsi que les lois du 9 avril 1881 (article 6, al. 5) et du 20 juillet 1895 (article 16, al. 3) l'ont autorisé à effectuer librement des dépôts de fonds sur livret de caisse d'épargne et à opérer les retraits de même ⁽⁵⁾. Et la loi du 1^{er} avril 1898 (article 3, al. 2) a permis au mineur de faire partie de sociétés de secours mutuels sans l'intervention de son représentant légal. Il y aurait probablement intérêt, en législation, à continuer sur certains points les progrès réalisés par les lois précitées.

En résumé, le principe de la représentation du pupille ne saurait être aussi absolu en ce qui concerne les mineurs qu'il ne l'est pour les interdits. Tout en main-

(3) En revanche, pour le contrat d'apprentissage, le mineur est *représenté* (loi du 20 mars 1928 ; Code du travail, L. I, art. 3 *in fine*), car cet acte relève du contrat d'éducation plus encore que du contrat de travail.

(4) Toutefois, nous proposons ci-après (à la fin de cette troisième partie) la suppression de l'hypothèque légale du pupille.

(5) Sauf opposition en ce qui concerne le retrait, de la part de son représentant légal (mêmes lois, mêmes articles).

tenant ce principe, le droit allemand fait une distinction entre les interdits et les enfants au-dessous de quatorze ans, d'une part, et les mineurs ayant accompli leur quatorzième année, d'autre part. Les premiers sont les incapables proprement dits (*Geschäftsunfähige*), les seconds sont dits « restreints dans leur capacité d'exercice » (*Beschränkt geschäftsfähige*) ⁽⁶⁾. Or, le mineur, en droit français, ne devient-il pas, lui aussi, simplement « restreint » dans sa capacité d'exercice, dès qu'il a atteint un certain âge ? Cela est si vrai, qu'on exige le concours du mineur, lorsque, ayant atteint l'âge de seize ans, il doit être adopté ⁽⁷⁾.

(6) V. *supra*, p. 132, note 26. — Cette distinction se retrouve, expressément formulée, dans le récent avant projet de Code civil roumain, art. 4 et 5 (*Bull. législ. comp.*, 1933, p. 154).

(7) C. civ., art. 360 (*loi du 10 juin 1923*).

CHAPITRE TROISIEME

Administration du patrimoine

SECTION I

OBLIGATIONS DU TUTEUR

Le Code civil et la loi du 27 février 1880 établissent plusieurs obligations qui pèsent, les unes sur tous les tuteurs, quels qu'ils soient, les autres uniquement sur les tuteurs qui ne sont ni père ni mère du pupille. Cette distinction n'aurait plus raison d'être dans le système que nous proposons, attendu que la tutelle du père ou de la mère disparaîtrait. Quoi qu'il en soit, on peut actuellement ramener les obligations du tuteur à celles suivantes : *a)* faire nommer un subrogé tuteur ; *b)* requérir la levée de scellés et faire inventaire ; *c)* faire établir le budget de la tutelle ; *d)* vendre les meubles ; *e)* convertir les titres au porteur en titres nominatifs ; *f)* faire emploi des revenus et capitaux.

A. — Nomination du subrogé tuteur.

Nous avons proposé ⁽¹⁾ la suppression de la subrogée tutelle. Et cependant la nomination du subrogé tuteur est la première obligation que notre Code impose

(1) V. *supra*, p. 141 et s.

à tout tuteur ⁽²⁾. En principe, avant cette nomination, il ne peut faire acte de gestion : la surveillance du tuteur doit être assurée dès le début de son administration. Or, sans revenir sur le rôle tout platonique du subrogé tuteur, c'est là une prescription qui restera, la plupart du temps, lettre morte. La surveillance sera, au contraire, suffisamment assurée, si, comme nous l'avons proposé, un Conseil de famille permanent est constitué, dès le début, dans toute tutelle.

B. — *Levée de scellés, inventaire.*

« Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur ». Cet alinéa de l'article 451 du Code civil nécessite quelques observations :

a) L'apposition de scellés n'a pas lieu dans la majorité des cas : si celle-ci avait pu être considérée comme obligatoire, au sens de l'article 819, al. 2 du Code civil, chaque fois que parmi des héritiers se seraient trouvés des mineurs, elle ne l'est plus par suite des dispositions des articles 910 et 911 du Code de procédure civile ⁽³⁾.

b) De la rédaction de l'alinéa précité et de celle des articles 941 et suivants du Code de procédure civile, il résulte que l'inventaire doit être fait dans la forme authentique ⁽⁴⁾. C'est peut-être là une des causes pour les-

(2) C. civ., art. 421.

(3) Riom, 30 novembre 1885, D. 1887.2.45, S. 1887.2.215.

(4) PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n° 1933 *in fine* ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 474.

quelles tant de tutelles restent actuellement inorganisées, par crainte des formalités et des frais⁽⁵⁾. Il y aurait lieu, semble-t-il, de permettre que l'inventaire soit fait sous seing privé. C'est, normalement, dans cette forme qu'il a lieu en Suisse et en Allemagne⁽⁶⁾, à moins que l'autorité tutélaire ou le Tribunal des tutelles n'exige un inventaire public⁽⁷⁾. Le Conseil de famille⁽⁸⁾ pourrait, en définitive, exiger que l'inventaire soit fait dans la forme authentique, surtout s'il s'agit d'un patrimoine important ou d'une apparence compliquée, ou si l'inventaire remis lui paraissait insuffisant. Mais, normalement, la forme sous seing privé suffirait.

c) Le même alinéa, statuant *de eo quod plerumque fit*, ne prévoit pas d'autre inventaire que celui à faire lors de l'ouverture de la tutelle ; le décès du père ou de la mère est, en général, le seul cas où le mineur acquiert un patrimoine. Mais il est évident que l'inventaire est obligatoire chaque fois que, pendant le cours de la tutelle, un patrimoine échoit au pupille. Nous avons admis⁽⁹⁾ qu'un inventaire serait exigé lors du décès du père ou de la mère, quand bien même ce décès ne donnerait pas ouverture à la tutelle et laisserait subsister puissance paternelle et administration légale.

(5) Ces frais ne sont pourtant pas aussi considérables qu'on le croit : l'inventaire est soumis à un droit fixe d'enregistrement, et l'honoraire du notaire se compte par vacations. Un inventaire moyen ne coûte guère plus que cent francs.

(6) C. civ. suisse, art. 398 ; C. civ. allem., art. 1802, al. 1.

(7) C. civ. suisse, art. 398, al. 3 ; C. civ. allem., art. 1802, al. 3.

(8) Ou le juge de paix, si, durant le cours de l'administration légale, un patrimoine venait à échoir au mineur : ainsi lors du décès du prémourant de ses père et mère (v. *supra*, p. 40 *in fine*).

(9) *Supra*, *ibid.*

d) L'article 451 exige la présence du subrogé tuteur à l'inventaire ; nous avons, au contraire, proposé la suppression de la subrogée tutelle. Le tuteur sera-t-il donc seul à faire l'inventaire ? Le Code civil suisse décide que « ... le tuteur, *assisté d'un représentant de l'autorité tutélaire*, dresse un inventaire des biens du pupille » ⁽¹⁰⁾, tandis que le Code allemand se contente de dire que « le tuteur doit faire inventaire... et transmettre l'inventaire, par lui certifié exact et complet, au Tribunal des tutelles », mais « s'il existe un subrogé tuteur, le tuteur doit l'appeler à la confection de l'inventaire » ⁽¹¹⁾. Il y aurait lieu, selon nous, de permettre au tuteur de faire l'inventaire lui-même, et seul. Le Conseil de famille pourrait cependant, en tout état de cause, déléguer un de ses membres, avec la mission spéciale d'assister à la confection de l'inventaire.

e) L'inventaire doit, selon l'article 451, être fait dans les dix jours. On a critiqué la brièveté du délai fixé ⁽¹²⁾, mais on pourrait critiquer davantage le défaut de sanction pratique de cette obligation. Ni le Code allemand, ni le Code suisse ne fixent de délai pour la confection de l'inventaire. Il semble que ce soit la meilleure solution. Dans la pratique du régime français actuel, la confection de l'inventaire est l'affaire du tuteur seul : il commet un notaire pour sa rédaction ; la minute reste chez ce dernier et le tuteur est le seul, en général, à qui ait été délivrée une expédition. L'intervention du subrogé tuteur est plutôt théorique ; la signature qu'il

⁽¹⁰⁾ C. civ. suisse, art. 398, al. 1.

⁽¹¹⁾ C. civ. allem., art. 1802, al. 1.

⁽¹²⁾ PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n° 533.

doit donner à côté de celle du tuteur est une simple formalité ; souvent, bien qu'on le fasse signer, il n'aura même pas assisté à l'inventaire. Enfin, à cet acte le Conseil de famille ne concourt pas et n'a pas toujours les moyens de contrainte efficaces. Au contraire, dans le système proposé, ce serait au Conseil de famille que serait remis l'inventaire (ou une expédition de l'inventaire) et à qui incomberait le soin de le vérifier. Ce serait donc à lui, et surtout au juge de paix, d'exiger du tuteur que l'inventaire lui soit remis dans le plus bref délai. En cas de refus ou de négligence du tuteur, on pourrait lui infliger une amende, et faire procéder, d'office, à l'inventaire par un notaire.

f) L'article 451, alinéa 2, du Code civil, impose au tuteur, s'il est créancier de son pupille, de déclarer sa créance dans l'inventaire, et cela à peine de déchéance. La loi veut empêcher par là que le tuteur fasse revivre une créance contre le pupille, s'il vient à retrouver la quittance du paiement au cours de sa gestion tutélaire. Comme le dit M. BEUDANT, « la loi en tout cela ne suppose pas précisément la bonne foi des gens » ⁽¹³⁾. Elle établit, au contraire, une présomption de mauvaise foi contre le tuteur qui essaierait de faire valoir une créance non déclarée à l'inventaire, présomption qui ne peut être combattue par la preuve contraire. Cette disposition n'est-elle pas un peu trop rigoureuse ? Il serait permis de le croire, surtout si l'on considère les Codes allemand et suisse qui, nulle part, n'ont édicté une mesure analogue. Sans doute, le tuteur doit, en certifiant la sincé-

(13) BEUDANT, *Cours*, t. II, n° 841 *in fine*.

rité de l'inventaire, y déclarer ce qui lui est dû par le pupille, et, s'il ne l'a pas fait, la créance produite par la suite peut, à bon droit, être soupçonnée inexistante ; quant à établir ici une présomption *juris et de jure*, c'est, probablement, aller un peu trop loin ⁽¹⁴⁾.

C. — *Fixation du budget de la tutelle.*

Selon l'article 454 du Code civil, le Conseil de famille règlera la « dépense annuelle ». Comme le dit cet article, il s'agit là d'un règlement *par aperçu*. Quant aux conséquences d'un dépassement de crédit ou d'un *non-épuiement*, nous renvoyons aux auteurs ⁽¹⁵⁾.

L'article précité prescrit la fixation d'un budget « dans toute tutelle, autre que celle des père et mère », et cela se conçoit fort bien. Rappelons toutefois que, dans le système proposé, la tutelle des mineurs enfants légitimes serait toujours exercée par quelqu'un d'autre que les père et mère ⁽¹⁶⁾. Ceux-ci ne seraient tuteurs que de leurs enfants naturels.

L'alinéa 2 de l'article 454 dit que c'est au Conseil de famille de décider si le tuteur peut ou non s'aider d'un ou plusieurs administrateurs salariés. Cette disposition ne saurait être critiquée : combinée avec une autre

(14) D'ailleurs, l'article 451, al. 2, a manqué son but. Il dit que la déclaration du tuteur doit avoir lieu « dans l'inventaire ». En pratique, le notaire adresse au tuteur une réquisition dans la lecture finale de l'acte qui clôt les opérations d'inventaire. Or, pour être efficace, la réquisition aurait dû être faite avant le début de ces opérations, car, en la reportant à la fin, on permet au tuteur de mauvaise foi de se prononcer en toute sécurité, lorsque, au cours de l'inventaire, il a constaté qu'une quittance a été perdue.

(15) PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n° 541 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 549.

(16) Sauf à la suite d'une déchéance de l'administrateur légal. V. *supra*, p. 41, note 13.

que nous avons proposée plus haut ⁽¹⁷⁾, elle donne au Conseil de famille, au cas où l'administration du patrimoine est assez considérable, la liberté de se prononcer soit en faveur du système des administrateurs salariés, et ce sera souvent la meilleure solution, soit en faveur de la pluralité de tuteurs.

D. — *Vente des meubles.*

Selon l'article 452 du Code civil, le tuteur doit faire vendre, dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, « tous les meubles autres que ceux que le Conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature ». Malgré les termes généraux de cet article, il comporte certaines exceptions : ainsi ne sont pas astreints à l'obligation de vendre les père et mère ayant la jouissance légale ⁽¹⁸⁾ ; de même l'article précité ne s'applique pas aux meubles incorporels, et, parmi les autres, on admet qu'il vise seulement les meubles *périssables* ⁽¹⁹⁾, comme le faisait notre ancien droit ⁽²⁰⁾.

Cependant, même en tenant compte des exceptions mentionnées, on peut mettre en doute l'utilité d'une telle disposition. Celle-ci est tout imprégnée de l'esprit d'une époque où l'adage *res mobilis, res vilis* avait encore cours. Les meubles, même corporels, ne sont plus *res viles* actuellement et on ne peut pas dire qu'ils constituent toujours un capital mort ayant plutôt tendance à baisser, tandis que les immeubles par leurs revenus sont

(17) V. *supra*, p. 74.

(18) C. civ., art. 453, al. 1.

(19) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 477.

(20) Coutume d'Orléans, art. 102.

susceptibles d'accroissement ⁽²¹⁾. La valeur d'un meuble peut augmenter, l'immeuble n'est pas toujours productif de revenus.

Nous ne trouvons rien d'analogue à notre article 452 dans les Codes civils espagnol, allemand et suisse ⁽²²⁾. Il n'y a aucune obligation pour le tuteur de vendre le mobilier ; par contre, celui-ci est libre de l'aliéner, s'il le juge utile, et cela sans formalités (alors que le Code français exige que la vente se fasse aux enchères publiques). « Quant aux meubles, toute liberté est accordée
« au tuteur pour leur aliénation, tout au moins en ce
« qui concerne les objets mobiliers pris un à un, mais
« non pour la vente en bloc du mobilier. Il peut les ven-
« dre de gré à gré ou par adjudication publique, natu-
« rellement à charge de remploi » ⁽²³⁾.

A notre avis, l'article 452 pourrait, sans inconvénient, être supprimé.

E. — Conversion des titres au porteurs en nominatifs.

La loi du 27 février 1880, dans son article 5, a fait une obligation au tuteur de convertir les titres au porteur en titres nominatifs. A cette règle, elle n'admet

(21) On pourrait faire des comparaisons suggestives entre la valeur, en 1918, de quelques pièces de tissus, d'une collection de timbres ou d'un stock de cuir, d'une part, et, d'autre part, la valeur de quelques hectares de terrains de culture ; puis, dix ans plus tard, entre le coût des mêmes objets mobiliers et celui des mêmes terrains, alors que les premiers ont subi une hausse formidable, dont la dévaluation de la monnaie n'est pas seule responsable, et que les seconds sont dépréciés du fait de la désertion des campagnes.

(22) V. cependant C. civ. suisse, art. 400 : « Les objets mobiliers sont vendus, si l'intérêt du pupille l'exige... » ; cf. C. civ. ital., art. 290, qui reproduit sensiblement les dispositions de notre article 452.

(23) F.-K. WEBER, *op. cit.*, p. 127 *in fine*.

que deux exceptions : 1° la vente des titres, jugée utile par le Conseil de famille ; 2° l'impossibilité de la conversion (par nature ou à raison de conventions). En dehors de ces cas, la conversion doit toujours avoir lieu. N'est-ce pas excessif ? Et, si l'on considère la défaveur qui se manifeste en général pour les titres nominatifs, ne court-on pas le danger de laisser la fortune mobilière du mineur sans protection aucune ? Car, encore une fois, cette prescription légale manque de sanction pratique.

Le Code civil italien, comme le nôtre, prévoit la conversion au nominatif comme unique moyen de conservation des valeurs mobilières du pupille ⁽²⁴⁾.

Cependant, en Allemagne, le tuteur n'est pas obligé de convertir les titres au porteur en titres nominatifs : il peut les déposer dans une caisse de consignation ou à la *Reichsbank*, avec stipulation que la restitution ne pourra avoir lieu que sur présentation d'une ordonnance d'approbation du Tribunal des tutelles ⁽²⁵⁾. Ainsi sont évités les frais de conversion et tout danger de perte ou de vol, puisqu'il s'agit d'une caisse de l'Etat.

Dans le Code civil suisse, il n'est même pas question de conversion en titres nominatifs : « Les titres, objets de prix, documents importants et autres choses semblables sont déposés *en lieu sûr* sous le contrôle de l'autorité tutélaire, s'il n'en résulte pas d'inconvénients pour l'administration des biens du pupille » ⁽²⁶⁾.

(24) C. civ. ital., art. 298.

(25) C. civ. allem., art. 1814.

(26) C. civ. suisse, art. 399.

De même, le Code espagnol est muet sur la question de conversion au nominatif, mais décide que les titres « seront déposés dans un établissement à ce destiné » ⁽²⁷⁾.

En législation, on pourrait, semble-t-il, donner, en principe, au tuteur la faculté de choisir entre ces deux solutions : ou bien convertir les titres au nominatif, ou bien les déposer dans une caisse de l'Etat ou à garantie nationale, départementale ou même communale. Par ailleurs, en accordant au Conseil de famille, comme nous l'avons proposé, un droit de contrôle de l'inventaire, on lui reconnaîtrait également, en matière de protection de la fortune incorporelle du pupille, un pouvoir de contrainte ; en cas de conflit, la liberté du tuteur serait subordonnée au choix du Conseil de famille.

Que décider au cas où le mineur qui possède des valeurs mobilières n'est pas soumis au régime de la tutelle, mais à celui de l'administration légale ? Devra-t-on permettre au juge de paix de contraindre le père ou la mère d'opérer la conversion des titres ou leur dépôt ? Il ne semble pas ; en principe, il y a lieu de faire confiance aux parents. Leur devoir serait cependant de convertir les titres ou de les déposer dans le plus bref délai, et ils seraient responsables de toutes les conséquences pouvant résulter de la non-observation de cette prescription. D'autre part, s'il y avait des raisons sérieuses de craindre que les valeurs mobilières du mineur fussent mises en péril, il y aurait lieu de faire jouer ici

(27) C. civ. espagnol., art. 266, al. 1.

cette déchéance dont nous avons parlé plus haut ⁽²⁸⁾, et, vu l'urgence, une simple ordonnance rendue par le président du tribunal pourrait contraindre au dépôt ou à la conversion des titres dans le plus bref délai.

Une solution analogue est d'ailleurs adoptée par le Code civil allemand : en principe, seul le tuteur est obligé de convertir ou de déposer les titres au porteur ⁽²⁹⁾ ; cette obligation n'existe pas pour le père ou la mère administrateur légal. Mais, « lorsque l'avoir du mineur est mis en péril... le Tribunal des tutelles peut, s'il existe des valeurs mobilières, imposer au père ou à la mère les mêmes obligations que celles qui d'après les articles 1814 à 1816, 1818, incombent au tuteur » ⁽³⁰⁾.

F. — *Emploi des capitaux.*

Quant à l'emploi des capitaux, les mêmes principes devraient être applicables à ceux de formation récente, appelés économies, comme aux autres de formation ancienne, qui sont les capitaux proprement dits. Telle n'est pas cependant la solution de notre législation. En ce qui concerne les uns, la loi de 1880 applique des règles différentes de celles qu'établit le Code civil pour les autres.

Actuellement, le Code veut que le tuteur fasse fixer par le Conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'obligation d'employer les économies ⁽³¹⁾, et tant que cette somme n'est pas atteinte, l'obligation d'emploi

⁽²⁸⁾ *Supra*, p. 41, note 13.

⁽²⁹⁾ C. civ. allem., art. 1814 à 1816.

⁽³⁰⁾ C. civ. allem., art. 1667.

⁽³¹⁾ C. civ., art. 455.

n'existe pas. Elle s'impose, au contraire, en ce qui concerne les capitaux, quelque modique que soit leur montant ⁽³²⁾. La même diversité se retrouve dans la fixation des délais d'emploi : le délai est de six mois pour les économies ayant atteint le chiffre fixé par le Conseil de famille, il est de trois mois pour les capitaux dès qu'ils deviennent disponibles, à moins que le Conseil de famille n'ait accordé un délai plus long ⁽³³⁾. La combinaison de ces règles différentes peut créer des difficultés, lorsque les sommes disponibles se composent à la fois d'économies et de capitaux proprement dits ⁽³⁴⁾. Aussi proposons-nous d'établir en cette matière un délai uniforme de trois mois pour faire emploi de toutes sommes — économies ou capitaux — qui, totalisées, atteindront un certain chiffre fixé par le Conseil de famille.

Le tuteur peut avoir négligé de faire fixer ce chiffre par le Conseil de famille, ou bien il aura laissé s'écouler le délai sans faire emploi : il devra alors les intérêts, dès le début dans le premier cas, dès la fin du délai dans le second ⁽³⁵⁾.

La même critique que nous avons formulée à propos de la conversion des titres, peut être adressée aux prescriptions légales actuelles concernant l'emploi des capitaux ou des économies : elles manquent de sanction

(32) On remarquera que l'administrateur légal se trouve actuellement dans une situation nettement plus favorable que le tuteur : pour lui, l'obligation d'emploi des capitaux n'existe que lorsqu'ils atteignent 7.500 francs (C. civ., art. 389, al. 7, modifié par la loi du 9 juillet 1931). — Cf. P. VOIRIN, *Notes parlementaires*, dans *Revue trim.*, 1929, p. 1181 ; 1930, p. 210.

(33) Loi du 27 février 1880, art. 6, al. 1.

(34) PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n° 537, 542 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 496.

(35) C. civ., art. 455, 456.

pratique, et c'est là un des principaux griefs que l'on fait à la loi de 1880 ⁽³⁶⁾. Sans doute, le tuteur, qui ne se conforme pas à l'obligation d'emploi, devra les intérêts. Mais rien ne l'empêche de dilapider le capital du pupille, et, dans ce cas, qu'importent les intérêts, si le capital lui-même ne peut être recouvré ?

Ici, comme en matière de conversion, il y a lieu d'accorder au Conseil de famille un pouvoir de contrainte. Le Conseil serait, d'ailleurs, au courant des cas où il aurait à intervenir, puisque, par sa constitution en corps permanent, par le contrôle de l'inventaire et des comptes annuels, nous avons proposé de lui donner une part plus active à la gestion de la tutelle. Il pourrait ainsi, le cas échéant, faire saisir la somme dont le tuteur aurait négligé de faire emploi, et déléguer un de ses membres pour opérer cet emploi à la place du tuteur défaillant.

En ce qui concerne le père ou la mère administrateur légal, nous voudrions, ici encore, écarter toute mesure de contrainte à son égard. Simplement, il serait responsable des conséquences d'un défaut d'emploi. Néanmoins, pour certains motifs graves, ainsi que nous l'avons dit à propos de la conversion des titres, une ordonnance rendue par le président du tribunal pourrait contraindre l'administrateur légal à faire emploi. En cette matière, le Code allemand suit les mêmes principes : l'administrateur légal doit faire emploi ⁽³⁷⁾, mais il peut opérer

(36) Cf. P. CHAVEGRIN, *Protection de la fortune mobilière des mineurs*, p. 46, 187 et s.

(37) C. civ. allem., art. 1642, al. 1.

librement les retraits de fonds ⁽³⁸⁾, ce qui n'est pas possible de la part du tuteur ⁽³⁹⁾. Ainsi, l'administrateur légal jouit d'une liberté relative. Cependant, « lorsque l'avoir du mineur est mis en péril, ... le Tribunal des tutelles doit prendre toutes les mesures nécessaires pour parer au danger » ⁽⁴⁰⁾.

Les articles 455 et 456 du Code civil français, en prescrivant au tuteur de faire emploi, ont omis de dire quel serait cet emploi. La loi du 27 février 1880 est également muette sur ce point. Or, n'y aurait-il pas avantage à dresser une liste des placements sûrs, entre lesquels le tuteur aurait le droit de choisir celui qui lui plairait, à moins que le Conseil de famille ne lui en impose un. C'est ce que fait le Code allemand. A titre documentaire, qu'il nous soit permis de citer les articles 1806 et 1807 du Code civil allemand consacrés à la question du placement des deniers :

« Art. 1806. — Le tuteur doit placer à intérêts les fonds faisant partie du patrimoine du pupille, à moins qu'ils ne doivent demeurer disponibles pour couvrir des dépenses.

« Art. 1807. — Le placement des fonds pupillaires prescrit à l'article 1806 ne doit être fait que de la manière suivante :

« 1° En créances garanties par hypothèque sûre grevant un immeuble situé en Allemagne, ou en dettes

⁽³⁸⁾ PLANCK, *op. cit.*, t. IV, § 1642, note 1.

⁽³⁹⁾ C. civ. allem., art. 1809.

⁽⁴⁰⁾ C. civ. allem., art. 1667, al. 1.

foncières (*Grundschulden*) ou rentes foncières (*Rentenschulden*) sûres grevant des immeubles situés en Allemagne ⁽⁴¹⁾ ;

« 2° En créances établies par acte authentique (*verbriefte Forderungen*) contre l'Empire ou un Etat confédéré, comme aussi en créances inscrites sur le Grand Livre de la dette publique de l'Empire ou d'un Etat confédéré ⁽⁴²⁾ ;

« 3° En créances établies par acte authentique, dont le service des intérêts est garanti par l'Empire ou un Etat confédéré ⁽⁴³⁾ ;

« 4° En valeurs (*Wertpapiere*), spécialement en lettres de gage (*Pfandbriefe*), comme aussi en créances de toute sorte établies par acte authentique contre une corporation communale allemande ⁽⁴⁴⁾ ou l'établissement de crédit d'une semblable corporation, pourvu que valeurs ou créances soient déclarées par le Conseil fédéral (*Bundesrat*) de nature à servir au placement des deniers pupillaires ⁽⁴⁵⁾ ;

(41) Quant à la définition des expressions *Grundschulden* et *Rentenschulden*, v. C. civ. allem., art. 1191 et s., 1199 et s.

(42) Quant à l'expression *verbriefte Forderungen*, qui a remplacé celle de *Schuldverschreibungen* (= obligations, dettes souscrites) que contenait le premier projet, v. *Protokolle*, t. IV, p. 764.

(43) Une garantie communale ne suffirait pas. La garantie par l'Empire ou par l'Etat confédéré doit être absolue et ne comporter aucun terme ou délai (FUCHS, *op. cit.*, § 1807, note 2 *b in fine*).

(44) Il ne s'agit que des corporations politiques (*Orts-, Kreis-, Distrikts-, Provinzialgemeinden*).

(45) Par exemple, ont été déclarées aptes à servir à ce placement : les obligations de la communauté de l'Eglise réformée de Mayence, emprunt de 1900 4 % (décret du 22 mars 1901, *Reichsgesetzblatt*, 1901, p. 37), les obligations de la principauté de Waldeck, emprunt de 1905 3 1/2 % (décret du 18 mars 1905, *Reichsgesetzblatt*, 1905, p. 180), etc.

« 5° Dans une caisse d'épargne publique allemande, pourvu qu'elle soit déclarée, par l'autorité compétente de l'Etat confédéré où elle a son siège, de nature à servir au placement des deniers pupillaires ⁽⁴⁶⁾.

« Les lois régionales peuvent, pour les immeubles situés dans le ressort de leur juridiction, déterminer les principes d'après lesquels une hypothèque, une dette foncière ou une rente foncière doit être reconnue sûre et de tout repos » ⁽⁴⁷⁾.

Le Code civil allemand est, semble-t-il, le seul à avoir établi une liste des placements de fonds pupillaires. Le Code civil suisse parle de « placements sûrs » ⁽⁴⁸⁾ sans les déterminer. Les Codes italien et espagnol ne sont pas plus explicites.

Il y aurait, cependant, avantage à fixer légalement les modes de placement de fonds pupillaires. Ce seraient, selon nous :

a) les obligations, bons ou billets souscrits ou garantis par l'Etat français, les départements ou les communes, et, d'une façon générale, toutes les valeurs admises par des lois spéciales aux lieu et place d'un

⁽⁴⁶⁾ C'est à la législation de chacun des Etats confédérés de déterminer quelles seront les caisses d'épargne publiques (*Motive*, t. IV, p. 1114 ; *Protokolle*, t. IV, p. 763). Ainsi, en Prusse, une caisse d'épargne sera publique, si elle fonctionne pour le compte d'une corporation de droit public, ou si elle fonctionne avec la garantie d'une telle corporation (arrêté des ministères prussiens de la Justice et de l'Intérieur du 27 juin 1900, *Ministerialblatt für die Verwaltung des Innern*, 1900, p. 225).

⁽⁴⁷⁾ Ainsi, aucune loi d'Empire n'a réglé les cas dans lesquels une hypothèque devait être considérée comme sûre. Par contre, tous les Etats confédérés — à l'exception, semble-t-il, du Brunswick — ont pris des dispositions à cet égard.

⁽⁴⁸⁾ C. civ. suisse, art. 402, al. 1.

remploi, en immeubles, en matière de régimes matrimoniaux ⁽⁴⁹⁾ ;

b) les dépôts dans les caisses d'épargne ou dans tout autre établissement fonctionnant avec la garantie de l'Etat, du département ou de la commune.

Entre ces deux sortes de placement, le tuteur aurait le choix. Tout autre mode de placement ne serait cependant point exclu, mais il nécessiterait l'approbation du Conseil de famille. C'est ce qui a lieu en Allemagne, quand on veut recourir à un autre mode d'emploi des fonds que ceux prévus à l'article 1807 précité : le Tribunal des tutelles peut le permettre au tuteur ⁽⁵⁰⁾.

Ainsi, selon nous, l'acquisition d'immeubles, et le prêt, même hypothécaire, nécessiteraient l'approbation du Conseil de famille. Le Code allemand, dans l'article 1807, admet cependant le placement en créances hypothécaires sûres. Mais la difficulté est précisément de déterminer quand une telle créance sera sûre ⁽⁵¹⁾. Aussi vaut-il mieux, en cette matière, permettre au Conseil de famille de donner son appréciation ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ Obligations émises par l'Etat pour les chemins de fer, les Postes, la Caisse des pensions (lois du 13 juillet 1911, du 30 juin 1923, art. 7, du 22 mars 1924, art. 95), emprunts pour la réparation des régions dévastées, etc. — Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. III, n° 958.

⁽⁵⁰⁾ C. civ. allem., art. 1811.

⁽⁵¹⁾ En pratique, on considère qu'une première hypothèque est sûre, lorsque l'immeuble qui en est grevé a une valeur vénale du double au moins de la créance garantie, parfois du triple ; d'aucuns exigent, en outre, pour la sûreté de l'hypothèque, que l'immeuble grevé ait une destination bourgeoise. En effet, la destination industrielle ou commerciale d'un immeuble peut donner lieu à bien des mécomptes : une usine peut être estimée un million au moment où s'effectue le prêt hypothécaire ; si l'on doit recourir, plus tard, à l'expropriation, on n'obtiendra peut-être plus que cent mille francs.

⁽⁵²⁾ Nous admettrions cependant que l'administrateur légal aurait entière liberté dans l'acquisition d'immeubles et dans les placements hypothécaires ou autres, sauf à répondre de sa gestion.

SECTION II

POUVOIRS DU TUTEUR

A. — *Principe de l'omnipotence du tuteur.*

Lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue des pouvoirs du tuteur, certaines difficultés se présentent : le tuteur sera-t-il libre d'accomplir tous les actes pour l'accomplissement desquels la loi n'a pas prévu d'autorisation spéciale, ou, au contraire, ses pouvoirs seront-ils parfois restreints, même dans le silence de la loi ? Signalons à cet égard les divergences de la jurisprudence : la Cour de cassation a tantôt admis que le tuteur n'avait pleins pouvoirs que pour accomplir les actes d'*administration*, alors que les autres actes nécessitaient une autorisation ⁽¹⁾ ; tantôt elle a décidé que le tuteur accomplissait avec cette autorisation les actes pour lesquels le Code l'a prescrite, et qu'il était absolument libre pour tout le reste ⁽²⁾. Il semble que cette dernière solution soit la meilleure, étant la plus logique en même temps que traditionnelle. Le droit romain ⁽³⁾ et notre ancien droit ⁽⁴⁾ ont toujours consacré le principe dit de l'omnipotence du tuteur, et le droit comparé est dans le même sens ⁽⁵⁾.

(1) Cass., 22 juin 1880, D. 1880.1.318, S. 1881.1.23 ; Cass., 6 mars 1893, D. 1893.1.473 ; Cass. req., 14 novembre 1921, D. 1922.1.179.

(2) Cass., 4 août 1873, D. 1875.5.478, S. 1873.1.441 ; Cass., 13 mars 1905, D. 1906.1.165, S. 1910.1.477.

(3) « *Tutor quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet* ». Dig., 26, 7, 27.

(4) POTHIER, *Traité des personnes et des choses*, 1^{re} part., tit. VI, art. III, du pouvoir des tuteurs.

(5) V. pour le droit espagnol, H. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 161 ; pour le droit allemand, *Motive*, t. IV, p. 1022 et s., 1084 ; pour le droit suisse, ROSSEL et MENTHA, *op. cit.*, t. I, p. 450 *in fine*.

Restent à déterminer ces actes qui exigeront pour leur accomplissement une autorisation spéciale ou qui seront absolument interdits — exceptions plus ou moins nombreuses au principe de l'omnipotence du tuteur. Actuellement on peut répartir ces actes en quatre catégories :

a) actes subordonnés à une simple autorisation du Conseil de famille ;

b) actes comportant, outre l'autorisation du Conseil de famille, l'homologation du tribunal ;

c) actes soumis à des formes spéciales ;

d) actes interdits au tuteur.

Nous nous dispensons d'énumérer ici ceux de la première catégories ; aucun, semble-t-il, ne mérite d'être retranché de la liste légale. On a proposé cependant de remplacer dans certains cas l'autorisation du Conseil de famille par celle du juge de paix, alors que, dans d'autres cas, on aurait maintenu la nécessité de l'intervention du Conseil ⁽⁶⁾. Ce serait un acheminement vers le système du *juge des tutelles*, et une dissociation fâcheuse dans le fonctionnement de la haute tutelle.

B. — *Autorisation du Conseil de famille et homologation du tribunal.*

Comme nous l'avons déjà dit ⁽⁷⁾, l'homologation, loin de servir à la protection du patrimoine du mineur, ne fait que le grever de frais inutiles, et nous avons proposé

⁽⁶⁾ P. CHAVEGRIN, *op. cit.*, p. 192 ; R. JANVIER, *op. cit.*, p. 66.

⁽⁷⁾ *Supra*, p. 124.

de la supprimer purement et simplement. Ainsi donc, selon nous, pour l'aliénation de valeurs mobilières, au-dessus comme au-dessous de 7.500 francs de capital, et pour la conversion de titres nominatifs en titres au porteur, l'autorisation du Conseil de famille serait nécessaire, mais suffisante. De même, pour le placement des capitaux du pupille, inférieurs ou supérieurs à 7.500 francs, lorsque ce placement doit être fait d'une autre façon que celles prévues dans la liste légale. De même encore pour les emprunts, pour les aliénations d'immeubles et pour la constitution de droits réels immobiliers. Les législations étrangères, avons-nous dit, — exception faite des droits suisse et italien — n'instituent jamais deux instances pour l'accord des autorisations nécessaires au tuteur.

C. — *Actes soumis à des formes spéciales ;
actes interdits.*

Pour l'accomplissement de certains actes, le législateur a estimé que l'autorisation du Conseil de famille et même l'homologation du tribunal ne protégeraient pas suffisamment le pupille, et tantôt, il a compliqué les formalités, tantôt a prononcé une véritable prohibition à l'égard des actes les plus graves. Son œuvre, là où il a compliqué les formalités, a soulevé maintes fois de très vives critiques. Sous prétexte de donner à la passation de certains actes le maximum de garanties, ceux-ci sont devenus véritablement ruineux pour le pupille, et l'on a pu dire qu'en cette matière « la loi soutient le mineur comme la corde soutient le pendu » !

§ 1. — *Actes interdits au tuteur.*

I. — Au contraire, on ne saurait reprocher au législateur d'avoir édicté, formellement ou implicitement, certaines prohibitions ; ainsi en ce qui concerne :

a) le compromis ⁽⁸⁾ ; devant une juridiction arbitrale, les pupilles seraient privés de la garantie des conclusions du ministère public ⁽⁹⁾ et ne pourraient point se pourvoir par voie de requête civile ;

b) la donation ⁽¹⁰⁾ — exception faite des étrennes et pourboires, qui constituent plutôt, d'ailleurs, un complément de salaire ou d'honoraire qu'une libéralité proprement dite ⁽¹¹⁾ — et tout acte équivalent à une donation, tels que la renonciation à une prescription acquise, la remise pure et simple d'une dette, le cautionnement, la mainlevée avant paiement ⁽¹²⁾ ;

c) le testament ;

d) l'achat par le tuteur des biens du pupille ⁽¹³⁾, à moins que le tuteur ne soit lui-même copropriétaire indivis ;

e) l'acquisition par le tuteur d'une créance contre le pupille ⁽¹⁴⁾, à moins que cette acquisition ait été faite

⁽⁸⁾ C. civ., art. 1004, et C. proc. civ., art. 83, 6°, cbn.

⁽⁹⁾ Garantie bien faible, il est vrai : le ministère public s'en remet en général à la sagesse du Tribunal.

⁽¹⁰⁾ C. civ., art. 903 ; la loi ne prohibe formellement la donation que de la part du mineur (except. art. 1095 C. civ.), mais cette prohibition existe *a fortiori* pour les donations de la part de l'interdit (except. art. 511) et du tuteur.

⁽¹¹⁾ Cf. P. VOIRIN, *Étude juridique du pourboire*, Sirey, 1929, n^{os} 6, 9 *in fine*, 18 et *passim*.

⁽¹²⁾ BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n^o 606.

⁽¹³⁾ C. civ., art. 450, al. 3, 1596, al. 2.

⁽¹⁴⁾ C. civ., art. 450 *in fine*.

sans but de spéculation⁽¹⁵⁾ ; ainsi est valable le paiement par subrogation⁽¹⁶⁾.

II. — A cette liste, il y a lieu d'ajouter : l'exploitation d'une entreprise commerciale. Seul le mineur émancipé peut faire acte de commerce⁽¹⁷⁾ ; le tuteur ne saurait commercer au nom de son pupille⁽¹⁸⁾. Par conséquent, lors même qu'un fonds de commerce adviendrait au pupille par succession ou par legs, il n'y a pas d'autre solution possible, si l'on ne veut pas liquider ce fonds, que de le donner à bail à un tiers ayant la qualité de commerçant⁽¹⁹⁾ — et ce sera peut-être une mauvaise opération — ou d'émanciper le pupille apte à gérer lui-même — chose qui n'est pas toujours possible.

Un récent jugement du Tribunal civil de Dunkerque⁽²⁰⁾ a admis cependant qu'il était permis au tuteur,

(15) COLIN et CAPITANT, t. I, n° 519.

(16) Cette prohibition, traditionnelle chez nous, remonte à la Nouvelle 72 (chap. V). Cependant, dans notre ancien droit, il était permis au pupille soit de demander la nullité de la cession, soit de reprendre pour son propre compte le marché conclu par le tuteur et d'exercer un véritable *retrait*. Cf. DE FRÉMINVILLE, *Traité de la minorité de la tutelle*, t. II, n°s 794, 795.

(17) C. comm., art. 2.

(18) PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n°s 559, 589 ; BAUDRY-LACANTINERIE, CHÉNEAUX et BONNECARRÈRE, *Traité*, t. V, n° 600. — Cass., 7 mars 1922, D. 1922.1.169, S. 1922.1.145 et note Lyon-Caen ; sur renvoi Dijon 29 janvier 1923, D. 1923.2.15, S. 1923.2.8. Cette décision semble avoir fixé la jurisprudence. V. cependant, auparavant, en sens contraire : Alger, 4 avril 1891, S. 1892.2.16 ; Rennes, 20 février 1911, D. 1913.2.36 ; Cass., 6 novembre 1912, S. 1914.1.126. V. également la décision du Tribunal de Dunkerque, ci-après relatée.

(19) CROUZET, *La situation d'un fonds de commerce échu à un mineur*, thèse Paris, 1906 ; CENDRIER, *Le fonds de commerce*, 4^e édit., n°s 132, 133 ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e édit., t. I, n° 99 ; THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., n° 152.

(20) Trib. civ. de Dunkerque, 14 mai 1930, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1930, p. 1003.

agissant d'accord avec le subrogé tuteur et le Conseil de famille, de continuer un commerce faisant partie d'une succession dévolue à son pupille. « Attendu, dit le « jugement, que Ferdinand W... *n'a pas* par son fait personnel *engagé* le patrimoine du mineur dans une entreprise commerciale, mais qu'à sa prise en charge de la tutelle, *il a trouvé* le patrimoine de son pupille *engagé* dans une exploitation de brasserie-malterie et s'est trouvé *placé devant le problème de la meilleure conservation de ce patrimoine...* et qu'on aurait pu critiquer un arrêt brusque de tout commerce comme compromettant les intérêts du mineur ». Le jugement admet que la gestion de la brasserie peut et doit même figurer au compte de tutelle, « sous la réserve des droits du mineur de discuter, lorsque le compte sera établi, les conditions dans lesquelles l'administration du tuteur a pu être ou ne pas être celle d'un bon père de famille... Attendu que s'il est démontré que le tuteur a mal géré ou qu'il a imprudemment continué la gestion de la brasserie plus longtemps qu'il n'était sage de le faire, le tribunal aura ultérieurement à apprécier si des dommages-intérêts sont dus au mineur, et quelle pourra en être l'importance ».

Il s'agit là d'une décision prétorienne qui essaie de tourner une loi néfaste : l'article 2 du Code de commerce interdit évidemment tout acte de commerce au mineur non émancipé, qu'il agisse directement ou par représentation légale, et tant qu'un texte ne sera pas venu apporter expressément une dérogation à cette prohibition, elle devra être considérée comme absolue.

Il n'y a donc point lieu de s'étonner de ce que la

solution si rigoureuse de la loi française n'ait été suivie par aucune des législations étrangères voisines.

En Belgique, la loi du 15 décembre 1872 (Code de commerce belge, titres I à IV) décide, dans son article 8, que « le commerce des parents du mineur est continué par son tuteur si le Conseil de famille le juge utile et sous les conditions qu'il détermine. — La direction peut en être confiée à un administrateur spécial, sous la surveillance du tuteur. — La délibération du Conseil de famille sera, dans la quinzaine, soumise à l'homologation du tribunal. Elle sera immédiatement exécutée et ne cessera ses effets que si l'homologation est refusée. — Le Conseil de famille, en observant la même formalité, pourra toujours révoquer son consentement. Sa décision, dans ce cas, ne sera exécutée qu'après avoir été homologuée par le tribunal ».

Le Code civil italien décide, pour le cas où un établissement industriel ou commercial ferait partie du patrimoine du pupille, que le Conseil de famille pourra autoriser la continuation de l'exploitation, s'il y a avantage évident pour le mineur ⁽²¹⁾.

Le Code espagnol admet également que, moyennant l'autorisation du Conseil de famille, le tuteur pourra continuer le commerce ou l'industrie qu'exerçaient le pupille ou ses ascendants ⁽²²⁾.

Enfin, si l'on compare, sur ce point, les législations suisse et allemande, on verra que c'est précisément le système de tutelle familiale, tel que nous le connaissons,

(21) C. civ. ital., art. 299, al. 2.

(22) C. civ. espagnol, art. 269, 4°. — Cf. H. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 170.

qui se prête le mieux à la conduite d'une entreprise commerciale appartenant au pupille. Il est dit expressément dans le Code civil suisse que « la tutelle peut être remise exceptionnellement à la famille lorsque l'intérêt du pupille justifie cette mesure, *notamment pour la continuation d'une industrie ou d'une société* » (23). Et les « motifs » du Code civil allemand admettent, eux aussi, que c'est moyennant la constitution d'un Conseil de famille que le commerce ou l'industrie, appartenant au mineur, sera continué dans les meilleures conditions (24).

Toutes ces législations prévoient uniquement la *continuation* d'un commerce. Seul le Code civil allemand autorise l'*entreprise nouvelle*. Selon lui, le tuteur n'a pas besoin d'autorisation pour continuer le commerce ; celle-ci ne devient nécessaire que s'il veut le liquider ou en entreprendre un nouveau (25).

La solution allemande est, à notre avis, trop large ; celle du Code italien nous semble préférable : le Conseil de famille pourrait permettre au tuteur de *continuer* tout commerce faisant partie du patrimoine du pupille, même si ce commerce est advenu au pupille autrement que par succession en ligne directe.

§ 2. — Actes soumis à des formes spéciales.

a) *L'acceptation amiable des offres de l'administration en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique* (26). Cette acceptation, d'après la loi de 1841, est

(23) C. civ. suisse, art. 362, al. 1. V. également art. 403.

(24) *Motive*, t. IV, p. 1021, 1204.

(25) C. civ. allem., art. 1823 ; cf. C. civ. suisse, art. 422, 3°.

(26) Loi du 3 mai 1841 sur l'*expropriation pour cause d'utilité publique*, art. 13, al. 1, et 25.

faite par le tuteur avec l'autorisation du tribunal, sans intervention du Conseil de famille. Ici le législateur a simplifié, mais c'est le seul point de ce paragraphe où nous pouvons le constater. Il y aurait lieu, semble-t-il, de remplacer en cette matière l'autorisation du tribunal par celle du Conseil de famille.

b) *L'acceptation d'une succession*, qui doit avoir lieu toujours sous bénéfice d'inventaire⁽²⁷⁾. En pratique, il est très rare que l'acceptation se fasse comme le veut la loi. En France, quand une tutelle est organisée (dans la moitié des cas elle ne l'est pas), il arrive que le tuteur se fasse autoriser par le Conseil de famille, lors de sa première réunion, à accepter la succession sous bénéfice d'inventaire ; mais bien souvent les choses en restent là : l'inventaire n'est pas fait et la succession est acceptée tacitement.

La règle du Code civil qui ne permet, lorsque l'héritier est mineur ou interdit, que de renoncer ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire a été souvent critiquée⁽²⁸⁾. L'acceptation bénéficiaire entraîne des complications et des frais. Elle est surtout onéreuse lorsqu'il s'agit de vendre les meubles ou les immeubles ou de procéder à une licitation : le droit de transcription est dû par l'adjudicataire colicitant comme par un étranger⁽²⁹⁾.

Ne pourrait-on permettre, avec l'autorisation du Conseil de famille, l'acceptation pure et simple, lorsque

(27) C. civ., art. 461 *in fine*.

(28) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. III, n° 659 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 541 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. III, n° 1957 ; BEUDANT, *op. cit.*, t. II, n° 859.

(29) Cass. ch. réunies, 12 janvier 1876, D. 1876.1.52, S. 1876.1.81 ; COLIN et CAPITANT, t. II, n° 1340.

la succession est notoirement solvable ? C'est ce que décident les législations italienne, espagnole, allemande et suisse⁽³⁰⁾.

c) *La transaction* ⁽³¹⁾. On a dit qu'en cette matière les rédacteurs du Code civil sont venus compliquer les choses ⁽³²⁾. Cette affirmation est exacte quand on compare les formalités nécessaires à la transaction avec celles exigées pour les autres actes : non seulement il faut ici obtenir l'autorisation du Conseil de famille et l'homologation du tribunal ⁽³³⁾, mais encore, et avant l'homologation, l'avis favorable de trois *jurisconsultes*.

Cependant, si bizarre que cela paraisse, les rédacteurs du Code ont voulu, au contraire, rendre la transaction plus facilement accessible aux mineurs. Sous l'ancien droit, « elle ne pouvait valoir qu'autant qu'elle profitait au pupille et que celui-ci s'en contentait, *si hoc pupillo expediat* ; et ce point de fait, toujours subordonné à la volonté future du mineur, écartait nécessairement un contrat aussi peu solide » ⁽³⁴⁾. Le Code civil a remédié à ces inconvénients en imprimant à la transaction un caractère durable et il a cru bien faire en entourant cet acte d'un véritable luxe de formalités. « Tant de précautions, dit BERLIER, écartent toute espèce de danger ». Cet optimisme fut probablement de courte durée, car si les parties évitaient la transaction,

(30) C. civ. ital., art. 296, al. 1 ; C. civ. espagnol, art. 269, 10° ; C. civ. allem., arg. art. 1822, 2°, et 1942 ; C. civ. suisse, art. 422, 5°.

(31) C. civ., art. 467, 2044.

(32) COLIN et CAPITANT, t. I, n° 518.

(33) Le Tribunal n'homologue pas la délibération du Conseil de famille, mais la transaction elle-même ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 589.

(34) Exposé de Berlier à la séance du corps législatif du 25 ventôse an XI, dans LOCRÉ, *op. cit.*, t. VII, p. 238.

sous l'ancien droit, à cause de son instabilité, aujourd'hui on a peur de recourir à son mécanisme lourd et onéreux.

En pratique, qu'arrive-t-il, lorsque, malgré tout, on veut transiger ? Le tuteur s'adressera à un notaire ou à un avocat, ou à un liquidateur, qui étudiera l'affaire et qui rédigera le projet de transaction. Dès lors, et dans la plupart des cas, tout le reste n'est plus que pure formalité : le projet est transmis à l'un des trois *jurisconsultes* ⁽³⁵⁾ qui rédige un rapport favorable, le signe et le fait signer par deux de ses confrères. Puis le Conseil de famille autorise ⁽³⁶⁾ et enfin le tribunal homologue.

L'intervention des trois jurisconsultes, en cette matière, est vraiment superflue. Elle n'est prévue dans aucune des législations allemande, suisse, espagnole et italienne. D'autre part, cette dernière est seule à exiger, outre l'autorisation du Conseil de famille, l'homologation du tribunal ⁽³⁷⁾. Ailleurs, l'autorisation du Tribunal des tutelles, de l'autorité tutélaire ou du Conseil de famille est nécessaire, mais suffisante ⁽³⁸⁾. Ne pourrait-on, chez nous aussi, soumettre la transaction à la seule autorisation du Conseil de famille ? Ainsi on rendrait plus rapide et moins onéreuse la conclusion d'un acte qui normalement doit profiter aux deux parties, tant il est

⁽³⁵⁾ Par *jurisconsultes*, on doit entendre : avocats inscrits autant que possible depuis plus de dix ans ; cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité prat.*, t. I, n° 584.

⁽³⁶⁾ Récemment encore la délibération du Conseil de famille précédait assez souvent l'avis des juriscosultes. La Cour de cassation a condamné cette pratique : Cass., 13 mai 1922, S. 1923.1.132.

⁽³⁷⁾ C. civ. ital., art. 269, al. 2, et 301, al. 2.

⁽³⁸⁾ C. civ. allem., art. 1822, 12° ; C. civ. suisse, art. 421, 8° ; C. civ. espagnol, art. 269, 12°.

vrai que « mauvais arrangement vaut mieux que bon procès » !

d) *La vente d'immeubles* ⁽³⁹⁾. Le Code civil exige, pour la vente d'immeubles appartenant à des mineurs, des formalités supplémentaires : la vente doit se faire aux enchères publiques, soit à l'audience des criées du tribunal, soit devant un notaire commis par justice, et à la suite de la publicité prescrite par la loi. L'adjudication a lieu à *l'extinction des feux* ⁽⁴⁰⁾. Notons d'ailleurs que les formalités sont sensiblement les mêmes, qu'il s'agisse de l'adjudication d'un immeuble appartenant en propre à un mineur ou de la *licitation*, laquelle suppose une copropriété indivise avec des majeurs ⁽⁴¹⁾.

La critique de notre régime de vente de biens de mineurs a été faite si souvent que nous nous dispenserons de consacrer à son sujet les longs développements qu'elle aurait peut-être mérités ; nous nous contenterons de résumer.

La vente, avons-nous dit, peut avoir lieu soit à l'audience des criées du tribunal, soit devant un notaire commis. En fait, les tribunaux ont toujours opposé une certaine résistance à se dessaisir de la vente, qu'ils *retiennent à la barre*. Cet état d'esprit, que signalait déjà le rapporteur de la loi du 2 juin 1841 ⁽⁴²⁾, continue à se manifester encore actuellement ⁽⁴³⁾. Or, il est un fait certain que la vente à la barre produit de moins

⁽³⁹⁾ C. civ. franç., art. 459.

⁽⁴⁰⁾ C. proc. civ., art. 964, al. 1, renvoyant à l'art. 706.

⁽⁴¹⁾ C. proc. civ., art. 953 et s., 972.

⁽⁴²⁾ Rapport de M. Persil à la Chambre des Pairs, 5 mars 1841.

⁽⁴³⁾ Trib. civ. de Figeac, 25 novembre 1921, infirmé par Agen, 3 janvier 1922, D. 1922.2.102 ; Trib. civ. de Corbeil, 9 février 1922, infirmé par Paris, 16 juin 1922, D. 1922.2.103.

bons résultats que la vente devant notaire : elle est plus onéreuse, elle nécessite la constitution d'avoué pour enchérir, elle effraie les amateurs. L'étude du notaire est, au contraire, plus accessible, parce qu'elle est, en général, plus près de la situation des biens ; moralement, elle est plus accessible aussi, parce que l'amateur, surtout le campagnard, s'y sent moins intimidé. La chaleur des enchères n'existe pas devant le tribunal, et, comme le disait le premier président Troplong : « Il n'y a pas de plus mauvaises ventes que les ventes judiciaires ». Aussi en législation y a-t-il une tendance en faveur du renvoi de la vente devant notaire : la vente *sur surenchère* qui, avant 1921, était toujours retenue à la barre, peut désormais être faite par le ministère d'un notaire⁽⁴⁴⁾ ; et la loi du 1^{er} juin 1924, introduisant la législation civile française dans nos départements recouvrés, donne compétence exclusive et générale aux notaires de ces départements de procéder à toutes sortes de ventes de biens de mineurs⁽⁴⁵⁾. Enfin, tout récemment, une proposition de loi Corsin⁽⁴⁶⁾ admet que l'adjudication devrait avoir lieu toujours devant notaire, lorsque le Conseil de famille le demande et que, s'agissant d'une licitation d'immeubles indivis, toutes les parties intéressées le requièrent. Les articles 459 du Code civil, 827, 954 et 970 du Code de procédure civile seraient modifiés en conséquence.

Notons d'ailleurs qu'en Allemagne, où existe un *Tribunal des successions* (*Nachlassgericht*), chargé spé-

(44) Loi du 15 décembre 1921 (C. proc. civ., art. 965, al. 2).

(45) Loi du 1^{er} juin 1924, art. 243, al. 2.

(46) Doc. parlem. Chambre, 2^e sess. extraord. 1932, annexe n° 935, p. 225.

cialement des affaires d'héritage, ce n'est pas ce tribunal qui a qualité pour procéder à la vente, mais le notaire (47).

La *surenchère* semble avoir été vue avec beaucoup de faveur par nos législateurs qui, même en dehors du cas de vente de biens de mineurs, l'ont prévue fréquemment dans d'autres matières (48). Or, c'est une faveur souvent injustifiée : la perspective de voir l'adjudication remise en cause décourage les amateurs, quelques-uns attendent systématiquement qu'une première adjudication ait eu lieu pour faire une *surenchère*. Cette complication peut faire le profit des officiers ministériels, elle n'est pas dans l'intérêt des pupilles. Pourquoi, lorsque la vente a été faite selon les formes prescrites, la rendre caduque par la possibilité d'une *surenchère* ? Aussi cette dernière a-t-elle été abandonnée dans les législations allemande et suisse.

Un autre inconvénient de la loi française en matière de vente d'immeuble de mineur, est la nécessité de recou-

(47) Et ce fait est d'autant plus caractéristique qu'il est contraire à la tradition germanique et à l'esprit allemand qui, volontiers, accorde compétence au juge en diverses matières. « Les Germains avaient un tel respect pour leurs magistrats qu'ils sollicitaient comme une grâce l'intervention du juge dans les matières les plus diverses. Dans notre ancien droit français, au contraire, la tendance continue a été de cantonner le juge plutôt dans ses attributions contentieuses, en tous cas, de ne le faire intervenir que dans des circonstances graves, où son intervention ne pourrait être remplacée par celle de toute autre autorité accessible aux parties ». — G. GABOLDE, *La juridiction volontaire en Allemagne*, thèse Toulouse, 1920, p. 250, 251.

Il est assez curieux de constater, de la part du législateur français, comme de la part du législateur allemand — mais en sens inverse — une rupture avec la tradition.

(48) C. proc. civ., art. 708 (*saisie immobilière*), 832 et s. (*aliénation volontaire*), 973, al. 6 (*licitation*) ; loi du 17 mars 1909, art. 5, al. 2 et 23 (*vente de fonds de commerce*).

rir toujours aux formes de l'adjudication. La vente de gré à gré n'est jamais permise⁽⁴⁹⁾. Nos législateurs, dans leur souci de protéger avant tout la fortune immobilière des pupilles, estimaient que la vente aux enchères offrirait plus de garanties et donnerait toujours de meilleurs résultats. Nous ne sommes pas de leur avis. Non seulement pour les affaires de peu d'importance la vente aux enchères est contraire aux intérêts des pupilles, le produit étant quelquefois absorbé par les frais⁽⁵⁰⁾, mais, quelle que soit l'importance de l'affaire, la vente aux enchères ne produit pas toujours et dans tous les cas un prix meilleur ni même égal à celui obtenu par une vente de gré à gré. Aussi les législations étrangères ont-elles, pour la plupart, admis la possibilité de la vente de gré

(49) Il y a cependant une aliénation de biens de mineurs qui ne saurait être faite aux enchères : c'est l'échange immobilier. MM. COLIN et CAPITANT en concluent qu'en présence de mineurs, cet échange est impossible (*Cours élém.*, t. I, n° 519), conclusion évidemment trop restrictive.

(50) La loi du 3 août 1926 est venue, dans une certaine mesure, apporter une compensation à ces frais. On sait que cette loi a frappé les mutations à titre onéreux d'immeubles ou de fonds de commerce d'une *taxe exceptionnelle et complémentaire* (art. 18, al. 1). Cette taxe, d'abord de 7 %, a été abaissée à 5 % par la loi du 31 juillet 1929 (art. 3) ; elle est actuellement, depuis la loi du 16 avril 1930 (art. 12), de 3 %. Or, pour compenser l'élévation des frais que l'on aurait pu éviter s'il n'y avait eu un pupille parmi les vendeurs, l'article 18, al. 2, de la loi de 1926 a exempté de la taxe les « ventes ou licitations de biens de mineurs, d'absents ou d'interdits ». L'exemption s'applique évidemment à la totalité du prix, quand bien même le pupille ne serait intéressé que pour une faible part.

En Alsace-Lorraine (v. note 52), les formalités sont réduites au strict nécessaire et leur coût est très peu élevé (en général, à peine 1/2 %). Or, l'exemption y est applicable comme dans la métropole. C'est là évidemment une petite inégalité fiscale. Actuellement, dans nos départements recouvrés, on considère comme très avantageux que, parmi les vendeurs, il s'en trouve un n'ayant pas encore atteint sa vingt-et-unième année. On ne peut, hélas, en dire autant dans les autres départements.

à gré en matière de vente de biens de mineurs ⁽⁵¹⁾. On pourrait, en France, donner au Conseil de famille la faculté soit d'autoriser la vente aux enchères publiques (encore ferait-on bien, dans ce cas, de supprimer la procédure vieillote et ridicule des bougies), soit de permettre, à l'avance, la vente de gré à gré, soit de ratifier *a posteriori* une telle vente ⁽⁵²⁾.

(51) C. civ. suisse, art. 404, al. 3 ; C. civ. allem., art. 1821, 1^o, et *Motive*, t. IV, p. 1139 ; C. civ. espagnol, art. 272, al. 1 *a contrario* ; C. civ. ital., art. 297, al. 2 ; cf. loi française du 1^{er} juin 1924, art. 259. — Le récent avant-projet de Code civil roumain, que nous avons eu l'occasion de citer plus haut, admet, lui aussi, que, « conformément aux nouveaux principes consacrés, le tuteur peut « vendre à l'amiable les immeubles du mineur, moyennant l'autorisation préalable de la juridiction tutélaire. Ce système qui tient « compte des intérêts réels des incapables est conforme aux besoins « de la pratique ; l'intervention de l'autorité tutélaire ou judiciaire « est suffisante pour sauvegarder ces intérêts. On ne conçoit pas, « dès lors, le besoin de faire toujours appel aux formes de la licitation, qui sont autant de charges grevant la valeur de l'immeuble ». (Alex.-C. ANGELESCO, *Avant-projet de Code civil roumain*, dans *Bull. législ. comp.*, 1933, p. 164).

(52) C'est la solution adoptée par la loi du 1^{er} juin 1924 introduisant la législation civile française dans les départements recouvrés. Ainsi, en Alsace-Lorraine, le Tribunal des tutelles (ou le Conseil de famille) peut, d'avance, autoriser la passation d'un acte de vente *de gré à gré* ; mais il peut aussi — et c'est le cas le plus fréquent en pratique — approuver une telle vente *a posteriori* ; dans ce cas, celle-ci aura été conclue sous la condition suspensive de l'approbation. Par une interprétation extensive et erronée de l'article 259 de la loi du 1^{er} juin 1924, les notaires des départements recouvrés ont, le plus souvent, procédé à l'*adjudication* de biens de mineurs, sans autorisation préalable du Tribunal des tutelles (ou du Conseil de famille), mais sous la condition suspensive de l'homologation (ce qui était licite sous l'empire de la loi allemande) ; et cette homologation était accordée dans la plupart des cas, après l'*adjudication*. Un arrêt de la Cour de Colmar, du 10 juin 1931, est venu condamner cette pratique : « Attendu, dit l'arrêt, que l'*adjudication* est nulle pour non observation de la forme ; qu'une telle nullité *qui est d'ordre public* ne peut être écartée par l'homologation du Tribunal des tutelles intervenue après l'*adjudication*... » (*Bulletin des notaires du ressort de la Cour de Colmar*, 1931, p. 98-100).

e) *Le partage*. — En présence de mineurs, le partage ne peut être fait que dans la forme judiciaire ⁽⁵³⁾. Or, les inconvénients du partage judiciaire, tel qu'il est organisé en France, ont été assez souvent démontrés ⁽⁵⁴⁾, sans qu'il soit besoin d'insister ici : on lui reproche principalement, outre les frais considérables qu'il entraîne, la règle de l'égalité en nature et celle du tirage au sort des lots. C'est pourquoi les copartageants essaient le plus souvent de l'éviter en recourant au partage provisionnel ⁽⁵⁵⁾ avec ou sans clause de porte fort. Ce sera un partage amiable, mais il ne vaudra que comme partage de *jouissance*, et à la majorité de l'expupille, s'il plaît à ce dernier ⁽⁵⁶⁾ de réclamer une autre répartition de la *propriété*, tout peut être remis en question. Une autre solution consistera à recourir, par un subterfuge, au partage transactionnel ⁽⁵⁷⁾ en supposant un litige plus ou moins imaginaire, solution dont la

(53) C. civ., art. 466.

(54) LE PLAY, *La réforme sociale en France*, 7^e éd. ; P. VOIRIN, *La famille et l'héritage*, dans *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, p. 168, 169 ; *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1926, rapport de M. Piédelièvre, p. 169 et s., discussion, 1926, p. 182 et s., 1927, p. 30. et s. ; R. CAMPS, *De la réforme du partage judiciaire*, thèse Toulouse, 1906 ; J. DUSSERT, *La propriété paysanne et le partage en nature du Code civil*, thèse Paris, 1909 ; C. JONESCU, *La règle du partage en nature*, thèse Paris, 1911.

(55) C. civ., art. 466, al. 3.

(56) Mais à ce dernier seul ; *contra* DELVINCOURT, t. II, p. 147 ; DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., t. VII, n^o 181 ; LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., t. X, n^o 284.

(57) A. HAMEL, *Du partage transactionnel. De son application en présence d'incapables*, thèse Paris, 1909 ; A. LELOUTRE, *Quelques observations sur l'emploi du partage pur et simple ou transactionnel en présence de mineurs*, dans *Revue trim.*, 1909, p. 71 et s.

validité est d'ailleurs très contestable malgré l'avis contraire de la jurisprudence ⁽⁵⁸⁾.

La possibilité d'un partage amiable en présence de mineurs est réclamée depuis longtemps. En 1867, une proposition de loi, déposée devant le Corps législatif, consacrait un article en ce sens ⁽⁵⁹⁾ ; en 1869, la question était reprise dans un projet de loi, mais les officiers ministériels réclamèrent très vivement, car ces dispositions risquaient de tarir une source d'estimables profits ⁽⁶⁰⁾, et le projet échoua. Piètre raison, a-t-on dit, que celle qui suppose la justice faite pour ses auxiliaires et non pour les justiciables ! Plusieurs projets ou propositions analogues furent, depuis, déposés, sans plus de succès : en 1871, en 1878, en 1887, en 1889. L'étude de cette dernière proposition (de M. Albert de Mun) fut cependant confiée à une commission nommée en 1891, mais dont les travaux n'aboutirent pas ⁽⁶¹⁾. Un projet a été déposé par le Gouvernement en 1922 ; il ne propose que de timides réformes aux articles 826 et 832 du Code civil ⁽⁶²⁾. Ce projet a d'ailleurs été repris depuis

(58) Trib. civ. Montauban, 31 août 1874, D. 1875.2.35 ; Cass., 5 décembre 1887, D. 1888.1.241, note Poncet, S. 1888.1.425, note Meynial ; Angers, 29 août 1884, S. 1885.2.61.

(59) Proposition déposée le 19 novembre 1867 (art. 147 de la proposition), *Moniteur universel*, 1867, p. 1484 et 1596.

(60) R. CAMPS, *op. cit.*, p. 94, 95.

(61) Doc. parlem., 1887, Chambre, annexe n° 1732, p. 715 ; Doc. parlem., 1890, Chambre, annexe n° 680, p. 1189 ; Déb. parlem., 1895, Chambre, annexe n° 173, p. 196. — R. DUCOS, *Le partage et la vente de biens de mineurs*, thèse Bordeaux, 1928, p. 48 et s.

(62) Doc. parlem., 1922, Sénat, annexe n° 589, p. 3. — Une brèche a été faite au principe de l'égalité en nature par les lois sur les habitations à bon marché et sur la constitution d'un bien de famille insaisissable ; cf. loi du 12 juillet 1909 et loi du 5 décembre 1922, art. 81.

et de nouvelles propositions ont été faites, tendant à modifier le régime des partages ⁽⁶³⁾.

Les autres législations n'imposent pas, comme la nôtre, la forme judiciaire au partage des biens dans lesquels sont intéressés des mineurs. Le partage peut être fait à l'amiable, ce qui exclut la nécessité du tirage au sort et de l'égalité en nature des lots (on maintient, évidemment, l'égalité en valeur). Ainsi en est-il en Allemagne, en Suisse, en Italie et en Espagne ⁽⁶⁴⁾. Certes, en matière de partage, le rôle du Conseil de famille pourrait parfois paraître suspect à cause des collusions frauduleuses possibles de la part de parents ayant des intérêts contraires à ceux du pupille. N'empêche qu'en Allemagne comme en Suisse, dans les cas où est institué un Conseil de famille, celui-ci remplace le Tribunal des tutelles ou l'autorité tutélaire, et il devient, dès lors,

⁽⁶³⁾ Doc. parlem., 1923, Chambre, annexe n° 5729, p. 757 ; 1923, Sénat, annexe n° 750, p. 72 ; 1923, Chambre, annexe n° 6660, p. 432 ; 1924, Chambre, annexe n° 7046, p. 240 ; 1924, Chambre, annexe n° 630, p. 94 ; 1924, Chambre, annexe n° 972, p. 400. — J. HAMEL, *Notes parlementaires*, dans *Revue trim.*, 1923, p. 617, 1021, 1022 ; 1924, p. 221, 222, 447 et s., 1068, 1069 ; 1925, p. 465, 466, 988, 989. — Cf. également, s. le *sursis au partage*, doc. parlem., 1929, Chambre, annexe n° 2642, p. 361, doc. parlem., 1930, Chambre, annexe n° 3294 ; P. VOIRIN, *Notes parlementaires*, dans *Revue trim.*, 1930, p. 916.

⁽⁶⁴⁾ C. civ. allem., art. 1822, 2° ; en droit allemand, le partage judiciaire (loi du 17 mai 1898 *sur la juridiction gracieuse*, art. 86 à 98) a lieu devant un tribunal spécialisé : le *Nachlassgericht* ou tribunal des successions, mais rien n'oblige les parties, même en présence de mineurs, d'y avoir recours ; en tous cas, c'est le tuteur, et non le Tribunal des tutelles, qui est juge de l'opportunité du partage (PLANCK, *op. cit.*, t. IV, p. 570 ; FUCHS, *op. cit.*, p. 202, n° 2 d). — C. civ. suisse, art. 421, 9°. — C. civ. ital., art. 296, al. 1, et 301, al. 2 (autorisation du Conseil de famille et homologation par le tribunal). — C. civ. espagnol, art. 269, 7° : seule l'autorisation du Conseil de famille est exigée ; cependant, actuellement, la jurisprudence espagnole exigerait, en outre, l'homologation du tribunal, surtout lorsque le partage a lieu sur l'initiative du tuteur (H. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 185).

la seule autorité qui sanctionne la validité du partage amiable ⁽⁶⁵⁾. A notre avis, et en principe, l'approbation du Conseil de famille devrait être nécessaire et suffisante pour rendre définitif un partage conclu dans la forme amiable, lorsque tous les intéressés sont d'accord. Si, cependant, un ou plusieurs des membres du Conseil de famille avaient, dans le partage, des intérêts opposés à ceux du mineur, l'autorisation du Conseil de famille serait subordonnée à l'avis d'un expert nommé sur requête par le président du tribunal ⁽⁶⁶⁾.

f) *Appendice*. Avant de terminer ce paragraphe, il nous reste à présenter deux observations communes à quelques actes dont nous venons d'étudier les réformes possibles :

En premier lieu, l'avis d'un expert dont nous avons prévu la nécessité en cas d'intérêts opposés de la part de membres du Conseil de famille serait exigé non seulement pour la conclusion d'un partage amiable, mais également pour celle d'une transaction. Celle-ci peut, en effet, être rapprochée de celui-là dans certaines circonstances ⁽⁶⁷⁾, et il importe de soumettre la transaction, déguisée ou non, aux mêmes règles que le partage.

En second lieu, nous n'admettrions pas que la vente d'immeubles, la transaction et le partage puissent se

⁽⁶⁵⁾ C. civ. allem., art. 1822, 2°, et 1872, al. 1 cbn ; C. civ. suisse, art. 362, al. 2.

⁽⁶⁶⁾ Cf. art. 147 de la proposition de 1867 précitée, exigeant, pour le partage amiable, qu'il soit, dans tous les cas, « précédé d'une estimation de biens faite par un ou trois experts nommés par le président du tribunal sur requête présentée par tous les intéressés ». (La signature de la requête par un seul des intéressés devrait suffire : à celui-ci de s'assurer d'avance — lorsque le partage doit avoir lieu ultérieurement — de l'adhésion des autres copartageants).

⁽⁶⁷⁾ V. *supra*, notes 57 et 58.

faire dans la forme sous seing privé : l'intervention du notaire serait toujours nécessaire, d'abord parce que l'intervention de cet officier ministériel responsable constitue une sérieuse garantie pour la régularité et même pour la sincérité de ces actes, ensuite « parce que la loi, rendant son ministère nécessaire, ne fera que consacrer la pratique, le notaire étant toujours appelé à confectionner ces actes délicats, même entre majeurs, et à prodiguer ses conseils éclairés aux parties, de façon à aplanir les difficultés » ⁽⁶⁸⁾.

D. — *Maniement des deniers.*

La réglementation des pouvoirs du tuteur en ce qui concerne le maniement des deniers du pupille, est — ou doit être — le point central de toute protection légale du patrimoine pupillaire. Rien ne sert d'accumuler les formalités — pour la vente d'immeubles, par exemple — si l'argent liquide — produit de la vente — peut sans difficultés être dilapidé par le tuteur. Or, la question a été à peu près négligée par les rédacteurs du Code, et les législateurs de 1880 n'ont que dans une très faible mesure remédié à cette insuffisance. Aussi est-ce sur ce point que la plupart des critiques ont porté ⁽⁶⁹⁾. Notre loi, a-t-on dit, réprime les abus, elle ne les prévient pas. Le tuteur peut librement toucher les capitaux du mineur, sans que l'intervention du subrogé tuteur soit nécessaire ni que les tiers aient à se préoccuper du défaut

⁽⁶⁸⁾ R. DUCOS, *Le partage et la vente de biens de mineurs*, *op. cit.*, p. 70.

⁽⁶⁹⁾ P. CHAVEGRIN, *Protection de la fortune mobilière des mineurs*, p. 187 ; COLIN et CAPITANT, t. I, n° 515 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.*, t. I, n° 1893, 1894.

d'emploi ou de remploi : les tiers n'ont même pas le droit d'exiger qu'il en soit fait un ⁽⁷⁰⁾ .

Or, on pourrait, semble-t-il, donner aux tiers le droit, et leur imposer le devoir, de surveiller l'emploi ou le remploi et les déclarer responsables en cas de négligence de leur part. Ce serait, dira-t-on, appliquer en matière de tutelle les règles souvent décriées de l'aliénation du fonds dotal. Cependant, la surveillance de la part des tiers concernant l'emploi ou le remploi est beaucoup moins choquante quand elle s'exerce vis-à-vis du représentant légal du mineur ou de l'interdit, que lorsqu'elle joue vis-à-vis du mari. D'autre part, nous ne voudrions pas, comme c'est le cas dans le régime dotal, rendre les tiers responsables de la régularité du remploi, mais seulement de sa matérialité.

En définitive, la réforme tendrait moins à régler le maniement des deniers qu'à le supprimer de la part du tuteur. Le tiers, débiteur d'une somme envers le pupille, ne se libérerait pas en versant cette somme entre les mains du tuteur : il l'emploierait lui-même en l'un des placements dont nous avons établi la liste ⁽⁷¹⁾, et il le ferait selon les indications du tuteur ou du Conseil de famille ⁽⁷²⁾. En pratique, il arriverait assez souvent que ce tiers — l'acquéreur d'un immeuble, par exemple — verserait son dû entre les mains d'un notaire. et c'est ce dernier qui deviendrait garant de l'emploi ou du remploi. La responsabilité du tiers serait alors déga-

(70) Trib. civ. Saint-Dié, 22 juin 1882, S. 1882.2.230.

(71) *Supra*, p. 200, 201.

(72) Les indications du Conseil de famille, dans le cas où il en aurait donné — ainsi le plus souvent en cas de vente d'immeuble — prévaudraient nécessairement sur celles du tuteur.

gée, comme c'est le cas d'ailleurs selon les clauses des contrats de mariage de régime dotal, qui dégagent la responsabilité des tiers versant les fonds entre les mains d'un notaire.

Certes, la solution proposée ne peut se recommander de l'exemple du droit comparé ⁽⁷³⁾. Aucune législation étrangère n'a encore, semble-t-il, édicté le principe de la responsabilité des tiers en cas de défaut d'emploi ou de remploi de la part du tuteur. Cependant, en Allemagne, si le Code civil ne contient aucune prescription formelle à ce sujet, il faut bien reconnaître qu'en pratique, la responsabilité des tiers peut jouer dans la plupart des cas : le débiteur d'une somme s'acquittera de son dû selon les prescriptions de l'ordonnance qu'aura rendue le Tribunal des tutelles ; et, si aucune ordonnance n'a été rendue, il s'en acquittera, la plupart du temps, entre les mains d'un notaire. Dans le premier cas — ce sera, par exemple, celui d'une ordonnance autorisant la vente d'un bien de mineur — l'ordonnance spécifiera que les fonds seront placés en fonds pupillaires (principalement sur livret de caisse d'épargne), ce qui exclut pour le tiers la faculté de verser les fonds directement au tuteur. Si, au contraire, c'est le notaire qui est débiteur des fonds parce que ceux-ci ont été versés en son étude, ainsi à la suite d'une vente ou d'un remboursement de créance, il les placera, en général, lui-même en fonds pupillaires.

Or, en France, n'en est-il pas de même dans la pratique notariale, ou, tout au moins, n'y a-t-il pas ana-

(73) Bien que l'idée ne soit pas nouvelle : cf. R. DE LA GRASSERIE, *Tutelle des mineurs en droit comparé*, p. 142, 143.

logie ? Le plus souvent, le tiers, débiteur envers le pupille d'une somme de quelque importance, la versera entre les mains du notaire ; dans d'autres cas, ce dernier liquidant une succession, détiendra des deniers pour le compte du mineur. De toute façon, sa préoccupation sera de trouver un emploi pour ces deniers, emploi qui sera effectué, en général, régulièrement. N'y a-t-il pas lieu, au contraire, de se méfier du tuteur qui exige impérieusement le versement des deniers entre ses propres mains, sans justifier de ses intentions quant à l'emploi ? Or, quelle que soit la répugnance du débiteur de remettre la somme due aux mains d'un mandataire légal insolvable, ce débiteur ne pourra se refuser à s'exécuter. Et c'est malheureusement dans ce cas, où une garantie serait des plus nécessaires, qu'il n'en existe aucune.

Avec la solution que nous proposons, l'emploi ou le remploi immédiat serait la règle, et, normalement, les deniers ne passeraient pas par les mains du représentant légal ⁽⁷⁴⁾ ; ainsi serait écarté le plus gros risque de la gestion tutélaire. Ce n'est pas à dire que la règle ne saurait souffrir d'exceptions : ainsi une décision du juge de paix (dans le cas d'administration légale) ou une délibération du Conseil de famille (dans le cas de tutelle) pourrait habiliter le représentant légal à rece-

(74) Le droit scandinave aboutit au même résultat, mais par la création d'un organisme supplémentaire. En Norvège, le tuteur ne dispose que des sommes nécessaires à l'entretien du pupille : toute la fortune mobilière de ce dernier est confiée à l'*administration générale des biens pupillaires*. Au Danemark, le tuteur ne détient que les sommes inférieures à 200 couronnes ; les sommes en argent comptant supérieures à cette valeur et les titres sont gérés par l'*administration des biens tutélaires* (loi norvégienne n° 3 du 22 avril 1927, *Ann. législ. étrang.*, 1928, p. 434 ; loi danoise n° 277 du 30 juin 1922, *Ann. législ. étrang.*, 1923, p. 227).

voir un paiement dans tel cas déterminé et à donner quittance. Cette habilitation pourrait même être donnée *in genere* : ce serait, certes, un affranchissement d'une règle essentielle de la tutelle ; or, le Code allemand permet, lui aussi, dans certains cas, de s'écarter des règles fondamentales, en instituant la tutelle libre ou affranchie (*befreite Vormundschaft*) ⁽⁷⁵⁾.

E. — Responsabilité du tuteur.

Le tuteur doit, en France, remplir ses fonctions « en bon père de famille » ⁽⁷⁶⁾, expression qui paraît un peu vieillote et prête souvent à ridicule, mais il y a des mots souvent impropres qui sont ancrés dans notre langage juridique et qui y sont maintenus par la force de l'habitude ⁽⁷⁷⁾. Cependant, la notion de « bon père de famille » n'a pas paru suffisante aux rédacteurs du Code civil suisse, lequel exige du tuteur la diligence d'un *bon administrateur*, et une telle diligence suppose « une activité plus soigneuse que celle du bon père de famille » ⁽⁷⁸⁾. Par contre, le Code allemand, substituant l'appréciation *in concreto* à celle *in abstracto*, déclare que le père, dans l'exercice de la puissance paternelle, doit gérer avec le même soin les affaires de l'enfant que les siennes propres ⁽⁷⁹⁾ ; mais, en ce qui concerne le tuteur, il se con-

⁽⁷⁵⁾ C. civ. allem., art. 1852 à 1857.

⁽⁷⁶⁾ C. civ. franç., art. 450, al. 2.

⁽⁷⁷⁾ Il en est ainsi du mot « puissance paternelle » qui pourrait être remplacé par celui, plus exact, de « puissance parentale », et que, néanmoins, les rédacteurs du Code civil suisse ont gardé. — Cf. ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, t. I, p. 348, 349.

⁽⁷⁸⁾ A. DELESSERT, *La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse*, Lausanne, 1931, p. 37 ; v. aussi p. 34 et s. — C. civ. suisse, art. 426.

⁽⁷⁹⁾ C. civ. allem., art. 1664.

tente de déclarer qu'il est « responsable envers le pupille du dommage résultant d'une violation de ses devoirs si une faute lui est imputable... »⁽⁸⁰⁾. En définitive, et malgré tout, il ne semble pas qu'il y ait grand inconvénient au maintien du deuxième alinéa de notre article 450. Par contre, il y aurait lieu d'organiser une sanction plus efficace de la responsabilité du tuteur : actuellement, il peut être condamné ou à une peine de prison⁽⁸¹⁾ ou à la réparation du préjudice, ou à la destitution. Ne pourrait-on permettre au juge de paix de lui infliger des amendes en cas de négligence, ainsi lorsque le tuteur omet de présenter l'inventaire ou le compte annuel ? La crainte d'une amende est souvent plus efficace que la perspective d'une sanction très grave mais aussi très problématique.

SECTION III

HYPOTHEQUE LEGALE

Pour garantir les droits et créances du pupille contre son tuteur, les biens immeubles de ce dernier sont grevés d'une hypothèque légale⁽¹⁾. En décidant ainsi, les rédacteurs du Code civil n'ont fait que suivre une longue tradition remontant au droit romain.

A l'époque classique, le droit romain reconnaissait au pupille un *privilegium inter personales actiones*. Ce n'était alors qu'un privilège grevant les biens existants et non hypothéqués du tuteur⁽²⁾. Plus tard, une consti-

⁽⁸⁰⁾ C. civ. allem., art. 1833.

⁽⁸¹⁾ Par exemple pour détournements d'effets ou de deniers du pupille (C. pén., art. 408).

⁽¹⁾ C. civ., art. 2121, 2°.

⁽²⁾ *Dig.* 26, 7, *De adm. tut.*, 42.

tution de Constantin convertit ce privilège en hypothèque tacite ayant rang du jour de l'ouverture de la tutelle ⁽³⁾. Cette hypothèque tacite, sous le nom d'hypothèque *taisible*, se retrouve dans notre ancien droit ; elle s'étendit même aux pays dits de nantissement, où la publicité hypothécaire était de règle ⁽⁴⁾. Le droit intermédiaire, hostile aux hypothèques occultes, voulut les supprimer par le décret du 9 messidor an III ; mais ce décret ne reçut aucune exécution : des prorogations successives en suspendirent l'application jusqu'à ce qu'intervînt la loi du 11 brumaire an VII. Cette loi rétablit l'hypothèque légale des mineurs et des interdits (art. 21, 2°), mais exigea, pour sa validité, qu'elle fût inscrite. De là loi de brumaire an VII, l'hypothèque légale du pupille passa dans le Code civil qui, rétrogradant sur ce point, en a fait une hypothèque occulte ⁽⁵⁾. Celle-ci est donc valable en dehors de toute inscription et grève en principe tous les immeubles du tuteur ⁽⁶⁾.

L'hostilité qui, sous le droit intermédiaire, s'était manifestée contre les hypothèques occultes, reprit plus tard, tant en France que dans les pays qui avaient gardé notre Code civil. En Belgique, la grande loi hypo-

⁽³⁾ *Code*, 5, 37, *De adm. tut.*, 20.

⁽⁴⁾ Cout. du Vermandois, art. 139 ; Cout. de Reims, art. 182 ; LOISEL, *Inst. Cout.*, liv. III, tit. VII, règles XV et XVI.

⁽⁵⁾ C. civ., art. 2135, 1°.

⁽⁶⁾ Si les effets de l'hypothèque ne sont pas subordonnés à son inscription, la loi veut cependant qu'elle soit inscrite (C. civ., art. 2136 à 2139). D'autre part, elle permet que l'hypothèque soit, non pas supprimée, mais restreinte à quelques-uns seulement des immeubles du tuteur (C. civ., art. 2141, 2142, 2143, 2145). Néanmoins, ces dispositions légales restent, dans la pratique, à peu près lettre morte. — Cf. cependant le cas des art. 2193 à 2195, dans lequel l'inscription doit nécessairement avoir lieu pour que l'hypothèque légale puisse être prise en considération.

thécaire du 16 décembre 1851 rendit l'hypothèque légale du pupille spéciale, déterminée et publique (7). En France, certaines dispositions législatives (8) vinrent apporter des modifications de détail, mais le principe de la clandestinité de l'hypothèque du mineur et de l'interdit s'est maintenu jusqu'à ce jour. Ce n'est pas qu'on n'en ait souhaité bien souvent la suppression, ainsi qu'en témoignent les projets de réforme qui furent élaborés, dans la seconde moitié du siècle dernier (9). Actuellement, un des plus graves reproches que l'on fasse à notre régime de la tutelle est précisément l'existence de l'hypothèque légale, celle-ci étant considérée — à l'étranger surtout — comme liée inévitablement à celui-là (10).

Les inconvénients de l'hypothèque légale sont de deux sortes : elle constitue parfois une lourde charge

(7) Loi belge du 16 décembre 1851, art. 49, 52 à 54.

(8) La loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (art. 17) exige, à peine de forclusion, l'inscription de toutes hypothèques légales, quelles qu'elles soient, dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation ; cependant, cet article maintient le droit de préférence sur le montant de l'indemnité tant que celle-ci n'a pas été payée ou que l'ordre n'a pas été réglé définitivement entre les créanciers. — Le décret-loi du 28 février 1852 et la loi du 10 juin 1853 organisent une procédure de purge spéciale en faveur du Crédit foncier. — La loi du 23 mars 1855 (art. 8) décide qu'un an après la cessation de l'incapacité du pupille, l'hypothèque légale perd son privilège de clandestinité ; elle peut encore être inscrite, mais ne prend rang que du jour de l'inscription. — La loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés (art. 10, al. 2) décide que les biens des tuteurs nommés en exécution de ses dispositions ne sont pas grevés de l'hypothèque légale du mineur. — La loi du 27 juin 1904 (art. 14, al. 1) décide que cette hypothèque ne grève pas non plus les immeubles du tuteur des enfants assistés.

(9) V. notamment projet de Vatimesnil (1850), projet de la Commission du cadastre (1891), projet Darlan (1896) ; G. CASTIAU, *La publicité et la spécialité des hypothèques dans leurs rapports avec la protection des incapables ; loi belge du 16 décembre 1851 ; projets de réforme français*, thèse Paris, 1908.

(10) Réflexion souvent entendue chez des juristes allemands.

pour le tuteur ; elle n'est souvent qu'une garantie illusoire pour le pupille. Etant la seule garantie qu'ait prévue notre Code en faveur des pupilles, ceux-ci ne seront nullement protégés si le tuteur ne possède aucun immeuble, cas assez fréquent de nos jours, par suite de la prépondérance de la fortune mobilière.

D'autre part, en admettant que le tuteur ait des immeubles, ceux-ci pourront être aliénés et l'hypothèque légale se perdra, en cas de purge ou d'expropriation forcée (il est très rare que dans le cas de purge, cette hypothèque soit inscrite) : là encore, la garantie du Code deviendra absolument inexistante.

Enfin, l'hypothèque du pupille absorbe le crédit immobilier du tuteur ⁽¹¹⁾, elle cause l'insécurité des placements hypothécaires, elle gêne et vicie souvent les transactions immobilières ⁽¹²⁾.

La plupart des législations étrangères ont repoussé le principe de l'hypothèque légale occulte :

La loi belge de 1851 précitée rend l'hypothèque du pupille spéciale, déterminée et publique : c'est au Conseil de famille de fixer, au début de la tutelle, pour quelle somme et sur quels immeubles il devra être pris inscription ; à cet effet, dans les tutelles légales et testamentaires, le Conseil de famille doit être réuni avant

(11) La limitation du gage prévue par les articles 2141 à 2145 du C. civ. a lieu très rarement en pratique. Dans les tutelles légales et testamentaires, le Conseil de famille ne peut la prononcer, c'est par jugement qu'elle doit être établie. Dans les tutelles datives, elle peut être l'œuvre du Conseil de famille, mais à condition qu'elle intervienne dans l'acte de nomination du tuteur ; or, à ce moment, l'inventaire n'aura pas encore été fait et ce sera l'incertitude. Quant à la limitation par jugement, elle suppose une procédure longue et coûteuse, à laquelle le tuteur n'aura pas recours.

(12) R. VALLET, *L'hypothèque du pupille dans la pratique*, op. cit., p. 94.

le commencement de la gestion. Si le tuteur n'a pas d'immeubles, ou n'en possède qu'en valeur insuffisante, le Conseil peut prescrire le versement à la caisse des consignations de certains capitaux et désigner l'emploi qui doit en être fait par le tuteur ⁽¹³⁾. Mais il peut également décider qu'il ne sera pas pris inscription d'hypothèque légale ⁽¹⁴⁾ — même lorsque le tuteur possède des immeubles — et ne prescrire aucun versement à la caisse des consignations. Ce sera d'ailleurs le cas général, et, dès 1854, une circulaire du ministre belge de la Justice signalait les abus auxquels donnait lieu la faculté pour le Conseil de famille de dispenser le tuteur de toute inscription sur ses biens ⁽¹⁵⁾. Pratiquement, en Belgique, le régime de la tutelle, qui est celui du Code Napoléon, fonctionne, dans la plupart des cas, sans la garantie de l'hypothèque légale que les rédacteurs du Code avaient jugée indispensable.

En Allemagne, la règle est que le tuteur n'a pas à fournir de sûretés : le régime tutélaire fonctionne normalement sans qu'une hypothèque, une caution ou un gage soient nécessaires pour garantir la gestion fidèle du tuteur. Cependant, exceptionnellement, « pour des motifs particuliers », le Tribunal des tutelles peut exiger des sûretés, dont il fixe à son gré l'étendue et la nature ⁽¹⁶⁾. Or, non seulement ce cas est exceptionnel, mais le tuteur qui se voit imposer une sûreté peut, de ce fait, décliner ou résigner ses fonctions ⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Loi belge du 16 décembre 1851, art. 56, 57.

⁽¹⁴⁾ Même loi, art. 49, al. 2.

⁽¹⁵⁾ Circ. du ministre belge de la Justice du 18 juin 1854 ; Pandectes belges, V^o Hypothèque légale, n^o 126, note.

⁽¹⁶⁾ C. civ. allem., art. 1844.

⁽¹⁷⁾ C. civ. allem., art. 1786, 6^o, 1889.

Dans le Code civil suisse, il n'est même pas question de sûretés à fournir par le tuteur.

Le Code italien, par contre, reproduit notre hypothèque légale du pupille avec toutes ses vicissitudes.

En Espagne, le représentant légal du mineur ou de l'interdit est dispensé de fournir une garantie, s'il est le père, la mère ou l'aïeul du mineur ou de l'interdit, ou encore son tuteur testamentaire ⁽¹⁸⁾ ; sinon il doit fournir une hypothèque, un gage ou une caution ⁽¹⁹⁾.

Dans nos départements recouvrés, la loi du 1^{er} juin 1924 a introduit l'hypothèque légale du pupille, mais en lui assignant certaines règles qui la distinguent nettement de celle du Code civil : elle ne constitue qu'une garantie subsidiaire, ne devant être inscrite que si cela devient nécessaire ; elle est donc spéciale, non rétroactive et publique ⁽²⁰⁾.

Le projet précité de la Société d'études législatives concernant la réforme de la tutelle ⁽²¹⁾ ne touchait pas à la question de l'hypothèque légale. La commission avait décidé, en effet, « que si la suppression de l'hypothèque légale sur le bien du tuteur était à souhaiter, cette réforme devait prendre place dans la réforme de notre régime hypothécaire » ⁽²²⁾. Mais, précisément, le projet

⁽¹⁸⁾ C. civ. espagnol, art. 260.

⁽¹⁹⁾ C. civ. espagnol, art. 253.

⁽²⁰⁾ Loi du 1^{er} juin 1924, art. 51, 57, 58, 60. Cf. F. SCHNEPP, *op. cit.*, p. 93.

On peut rapprocher du système de nos départements recouvrés, et surtout du système belge, la garantie prévue dans les régimes exceptionnels du droit français : a) l'hypothèque de l'aliéné interné sur les biens de l'administrateur provisoire (loi du 30 juin 1838, art. 34, al. 2) ; b) l'hypothèque du mineur sur les biens du tuteur institué à la suite d'une déchéance de la puissance paternelle (loi du 24 juillet 1889, art. 10, al. 3).

⁽²¹⁾ *Bull. ét. législ.*, 1931, p. 188 et s.

⁽²²⁾ A. PRUDHOMME, *Rapport*, dans *Bull. ét. législ.*, 1931, p. 176.

de réforme du régime hypothécaire maintenait l'hypothèque légale, en la subordonnant toutefois à la nécessité de l'inscription ⁽²³⁾.

Nous ne pensons pas que ce soit là une solution satisfaisante. Occulte ou publique, l'hypothèque légale du pupille possède plus d'inconvénients que d'avantages. « Cette hypothèque devrait être abolie, écrivent MM. COLIN et CAPITANT ; ... quand un système de protection emporte de pareils inconvénients, il faut le supprimer. Nous ne partageons donc nullement l'avis de ceux qui proposent de conserver l'hypothèque légale des mineurs et interdits, en la soumettant purement et simplement au régime de l'inscription, comme l'avait fait la loi de brumaire an VII. Ce ne serait à nos yeux qu'une réforme insuffisante » ⁽²⁴⁾.

C'est donc, en définitive, la suppression de l'hypothèque légale que nous proposons. Qu'on ne dise pas qu'il s'agit là d'une suppression sans compensations. Ces compensations, nous les avons trouvées dans une meilleure organisation de notre régime tutélaire. Mais c'est surtout en retirant le maniement des deniers au tuteur que l'on évitera presque toujours de rendre ce dernier débiteur du pupille et que l'on pourra aisément se dispenser de faire jouer une garantie aussi lourde que l'hypothèque légale.

Nous admettons cependant que le Conseil de famille pourrait demander au tuteur de fourner des sûretés, en fixant la nature et l'étendue de celles-ci ; mais comme ce

⁽²³⁾ *Bull. ét. législ.*, 1928, p. 236, 237 ; *Bull.*, 1929, p. 182, 183.

⁽²⁴⁾ COLIN et CAPITANT, t. II, n° 1216.

cas serait exceptionnel et lèserait les droits du tuteur, ce serait pour lui une cause valable d'excuse.

APPENDICE

En même temps que l'hypothèque légale, il y aurait avantage, semble-t-il, à supprimer les dispositions de l'article 2252 du Code civil : cet article suspend la prescription en faveur des mineurs et des interdits⁽²⁵⁾. Certes, il s'agit là d'une mesure toute traditionnelle remontant au droit romain⁽²⁶⁾ et que le Code civil français a maintenue, encore que ses rédacteurs aient donné à ce maintien de bien piètres raisons⁽²⁷⁾. En réalité, la suspension de la prescription gêne et vicie souvent les transactions immobilières : rien ne sert à l'acquéreur de remonter à trente ans en arrière pour vérifier l'origine de propriété de l'immeuble qu'il achète, si le véritable propriétaire est un pupille qui, peut-être, a encore pour auteur un interdit ou un mineur. Aussi les législations étrangères se sont-elles en général prononcées

(25) Les autres incapables n'en bénéficient pas, notamment les personnes pourvues d'un conseil judiciaire et les femmes mariées. Cette distinction, quoique traditionnelle, est illogique. Mais si nous proposons une assimilation, ce n'est pas en étendant un privilège à d'autres bénéficiaires, c'est en le supprimant.

(26) GIRARD, *Manuel élém.*, p. 333, note 3, 774, note 5 ; BRISAUD, *op. cit.*, p. 1274, note 6.

(27) « ... celui qui laisse prescrire est réputé consentir à l'aliénation : *alienare videtur qui patitur usucapi*. Or, les mineurs et les interdits sont déclarés par la loi incapables d'aliéner (Exposé de motifs de Bigot-Prémeneu à la séance du Corps législatif du 17 ventôse an XII, dans LOCRÉ, t. XVI, p. 569 *in fine*, 570) ». — Or, la prescription n'implique pas aliénation tacite ; elle ne repose même pas, comme fondement principal, sur une présomption de négligence (BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. XXVIII, n° 419).

contre la suspension de la prescription ⁽²⁸⁾. Si la protection des incapables repose sur une organisation solide, la suspension n'a pas raison d'être : les mineurs et les interdits ont des représentants légaux responsables, c'est à eux de gérer convenablement — en bons pères de famille — le patrimoine soumis à leur administration et de prendre toutes mesures utiles ⁽²⁹⁾.

Que l'on écarte le principe de la suspension de la prescription, comme celui de l'hypothèque légale occulte, il n'en résultera pas grand préjudice pour les pupilles ; mais si l'on admettait, malgré tout, l'existence d'un préjudice, il ne serait jamais comparable à celui que le maintien de tels principes cause chaque jour à la société entière.

⁽²⁸⁾ Le Code suisse des obligations paraît avoir donné la meilleure solution à la question qui nous préoccupe : La prescription court à l'égard des mineurs et des interdits, sauf en ce qui concerne leurs créances contre leurs représentants légaux (art. 134, 1°, 2°). — Si les autres législations admettent parfois la suspension de la prescription, leurs dispositions ont une portée plus restreinte que la nôtre : le C. civ. allem. (art. 206) ne l'admet que si l'incapable s'est trouvé sans représentant légal pendant les six derniers mois de son incapacité, et, dans ce cas, la suspension ne peut excéder un an ; le Code italien (art. 2120 et 2121) admet la suspension sauf en matière de prescription acquisitive de trente ans ; le Code espagnol (art. 1932) ne l'admet point : la prescription peut courir au préjudice de toutes personnes.

⁽²⁹⁾ Le mineur peut d'ailleurs agir directement pour interrompre une prescription.

QUATRIEME PARTIE

FIN DE LA TUTELLE

CHAPITRE I. — *Causes de cessation de la tutelle.*

CHAPITRE II. — *Compte final.*

CHAPITRE III. — *Prescription des actions.*

QUATRIEME PARTIE

FIN DE LA TUTELLE

CHAPITRE PREMIER

Causes de cessation de la tutelle

Nous ne voulons pas rappeler ici toutes les causes de cessation de la tutelle *a parte pupilli* ou *a parte tutoris*. Normalement, la tutelle du mineur se termine à la majorité de celui-ci, c'est-à-dire lorsqu'il a accompli sa vingt-et-unième année. C'est sur ce point cependant que des réformes ont parfois été proposées.

A Rome, la tutelle prenait fin avec l'impuberté du pupille, c'est-à-dire à quatorze ans pour les garçons, à douze ans pour les filles. Du moins en était-il ainsi au début. Quelques restrictions à la pleine capacité de l'expupille furent apportées par la loi *Plaetoria*. Mais ce n'est que sous l'Empire que fut créée la *curatelle des mineurs de vingt-cinq ans* ⁽¹⁾. Par conséquent, dès cette époque, il y avait lieu à tutelle jusqu'à quatorze ou douze ans, puis à curatelle jusqu'à vingt-cinq ans ⁽²⁾.

(1) Dig. 4, 4, *De minoribus viginti et quinque annorum*.

(2) GIRARD, *Manuel élém.*, p. 226, 247 et s.

Le droit écossais a suivi la tradition romaine. La minorité y est divisée en deux périodes : la première, appelée *pupillarity*, va de la naissance jusqu'à quatorze ou douze ans ; c'est une *tutelle*. Ensuite, jusqu'à vingt-et-un ans, fonctionne le régime de la *curatelle* ⁽³⁾.

En Russie, le *Nouveau code de la famille* adopte le même principe : les mineurs proprement dits — jusqu'à quatorze ans — sont soumis, le cas échéant, à la tutelle, et les non-majeurs — de quatorze à dix-huit ans — à la curatelle ⁽⁴⁾. Il y a lieu de noter d'ailleurs la majorité précoce.

Lors des travaux préparatoires de notre Code, il avait été question, un moment, d'adopter une solution analogue ⁽⁵⁾ ; mais la proposition fut écartée sans discussion. Certes, l'effacement complet du mineur devant son représentant légal peut présenter de graves inconvénients. Parvenu à sa majorité, l'ex-pupille sera mis à la tête d'une fortune parfois importante qu'il n'aura pas appris à gouverner et dont peut-être il consommera la ruine. C'est pour parer à ce danger que certaines législations ont admis qu'à partir d'un certain âge, le mineur cesserait d'être représenté par son tuteur : ce dernier,

(3) V. FÈRE, *op. cit.*, p. 273.

(4) *Nouveau Code de la famille*, art. 69, 70.

(5) A la séance du Conseil d'Etat du 8 vendémiaire an XI, Treilhard disait : « On conçoit une autre émancipation que celle « dont parle M. Tronchet : c'est l'émancipation légale, elle a lieu à « dix-huit ans ». Et Berlier répondait : « L'embarras qui se mani- « feste naît de ce qu'on ne s'est pas encore occupé de l'émanci- « pation. Si le projet de la section est suivi, l'émancipation légale « dont on vient de parler et qui s'opérera par le simple bénéfice « d'âge, c'est-à-dire à dix-huit ans, ne sera introduite que pour le « pupille resté sans père ni mère, tandis que l'émancipation des fils « de famille restera, jusqu'à leur majorité, à la disposition des père « et mère ». (LOCRÉ, *op. cit.*, t. VII, p. 28, 29).

prenant à ce moment le nom de curateur, ne le *représenterait* plus, mais l'*assisterait*.

Cependant, la solution admise par ces législations a l'inconvénient de la complication, par suite du fractionnement de la minorité en deux périodes. Elle a été repoussée par les rédacteurs des quatre Codes étrangers que nous avons surtout consultés au cours de notre étude : italien, espagnol, allemand et suisse. Aussi n'y a-t-il pas lieu de prévoir, à notre sens — en dehors du cas d'émancipation — une autre cause de cessation de la tutelle que l'arrivée de la majorité du pupille. Rien n'empêche, par contre — et tout en maintenant le principe de la représentation jusqu'à l'âge de 21 ans ⁽⁶⁾ — de prévoir des mesures qui familiariseraient le mineur avec la gestion de ses propres affaires, comme par exemple l'assistance aux délibérations du Conseil de famille, ou qui lui accorderaient une certaine initiative, ainsi en matière de recours.

(6) C'est l'âge de la majorité dans la plupart des législations modernes. Il y aurait cependant tendance à l'abaisser : cet âge est fixé à 20 ans en Suisse, et à 18 ans dans la Russie des Soviets.

CHAPITRE DEUXIEME

Compte final

« Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit » (1). L'obligation de rendre compte incombe à toute personne qui administre les biens d'autrui. Elle s'impose au survivant des père et mère comme à tout autre, peu importe que ce survivant soit qualifié tuteur ou administrateur légal.

Le contenu du compte à rendre par le tuteur ou par le survivant des père et mère sera, naturellement, un tableau comparatif des recettes et des dépenses. Pour le tuteur, la rédaction sera facile : le compte définitif sera un résumé des comptes annuels dont nous avons prévu la nécessité et dont chaque exemplaire se trouvera déposé dans un *dossier de tutelle* au greffe de la justice de paix. Quant aux pièces justificatives, le compte définitif n'en contiendra pas ou en contiendra peu : la plupart auront été examinées à propos des comptes annuels, auxquels il suffira de se référer. Pour le père ou la mère survivant, le compte final sera évidemment plus détaillé, attendu que nous n'avons pas prévu, pour l'administrateur légal, l'obligation de fournir un compte chaque année.

(1) C. civ., art. 469.

Actuellement, le compte est rendu à l'ex-pupille ⁽²⁾, qui a seul qualité pour l'examiner et l'approuver. Les rédacteurs du Code, dans un souci de logique excessif, ont décidé que l'ancien pupille, ayant acquis la pleine capacité juridique, n'avait dorénavant besoin d'aucune assistance. Or, il s'agit ici de mettre fin aux opérations de tutelle, et, à cet effet, le concours des organes tutélaires est souhaitable. Il ne s'agit pas là d'une prorogation de l'incapacité ⁽³⁾, mais simplement de mettre le point final à l'exercice du Conseil de famille, qui, jusque-là, aurait fonctionné en corps permanent. Or, la constitution du Conseil n'aura à peu près jamais coïncidé avec la date d'ouverture de la tutelle, mais aura été postérieure à cette date : il n'est donc pas illogique que la dissolution du Conseil de famille ait lieu après la cessation de la tutelle ⁽⁴⁾. Aussi proposons-nous — et ceci est la solution admise en Allemagne, en Suisse et en Espagne ⁽⁵⁾ — de rendre le Conseil de famille compétent, en même temps que l'ancien pupille, pour l'approbation du compte définitif ⁽⁶⁾.

(2) C'est le cas normal. Mais il peut aussi être rendu au nouveau tuteur ou aux héritiers du pupille défunt.

(3) L'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation admettait que la tutelle se continuait jusqu'à la reddition de compte : Cass., 9 juillet 1866, D. 1866.1.385, S. 1866.1.381.

(4) Il y a là une analogie avec l'année budgétaire (depuis la loi du 27 décembre 1929 jusqu'à celle du 31 mars 1932, art. 69), ou avec l'année commerciale, lesquelles ne coïncident pas avec l'année civile.

(5) C. civ. allem., art. 1892 ; C. civ. suisse, art. 451, 452 ; C. civ. espagnol, art. 282 ; en Italie (C. civ. ital., art. 307), ce n'est pas le Conseil de famille qui assiste l'ex-pupille pour l'approbation du compte, mais le subrogé tuteur (*protutor*).

(6) On a donné comme autre raison de la compétence du Conseil de famille en cette matière, l'état d'infériorité dans lequel se trouve l'ex-pupille vis-à-vis de la personne lui rendant compte. Mais le

La conséquence en serait que les prohibitions établies par l'article 472 actuel du Code civil deviendraient inutiles. Le traité sur la gestion tutélaire n'aurait aucun effet, tant que le Conseil de famille ne serait pas intervenu en approuvant le compte définitif (7).

mineur se trouvera toujours dans ce cas lorsque le *rendant* sera son père ou sa mère administrateur légal : les droits allemand, suisse, italien et espagnol ne font alors intervenir que l'administrateur légal et l'ex-mineur. On peut critiquer cette solution comme immorale, le père ou la mère étant obligé de rendre compte de sa gestion à son enfant, et celui-ci pouvant discuter les actes de ses parents. L'inconvénient est assez grave, nous n'en disconvenons pas, mais ne le serait-il pas davantage si, au lieu de rendre le compte à son enfant, le père ou la mère était obligé de le rendre à un juge ? Tel est l'avis des législations précitées : même en droit allemand ou suisse — où la protection du mineur est organisée sur une base nettement étatiste — ce n'est pas au Tribunal des tutelles que le père ou la mère doit rendre compte, mais à l'ex-mineur lui-même : « Dès que l'administration des père et mère prend fin, les biens sont remis suivant compte à l'enfant majeur ou au tuteur » (C. civ. suisse, art. 299 ; ROSSEL et MENTHA, *Manuel*, t. I, p. 366) ; « lorsque la puissance paternelle du père prend fin ou est suspendue, ou lorsque son administration du patrimoine cesse pour tout autre motif, il est tenu de restituer à l'enfant son patrimoine et de rendre compte de son administration » (C. civ. allem., art. 1681 ; PLANCK, t. IV, p. 433, 434).

(7) Nous n'admettrions pas que l'article 472 actuel demeure applicable au père ou à la mère administrateur légal, comme il l'est actuellement au père tuteur ou à la mère tutrice. La méfiance de notre Code à l'égard des parents est exagérée et les législations étrangères n'ont pas reproduit cette disposition. Au contraire, il aurait pu être question, lors des travaux préparatoires du Code civil allemand, d'écarter l'obligation pour le père ou la mère de rendre compte de sa gestion ; c'eût été à l'enfant de prouver qu'il avait été lésé (*Motive*, t. IV, p. 746, 747). En Allemagne, pratiquement, le compte n'est rendu que si l'enfant l'exige — cas relativement rare, et qui, d'ailleurs, n'est guère plus fréquent chez nous.

CHAPITRE TROISIEME

Prescription des actions

« Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité » ⁽¹⁾. La loi a établi ici une prescription de faveur, estimant « que la défense des tuteurs repose en grande partie, non sur des écrits, mais sur des souvenirs que le temps efface ; que les pièces justificatives de leur gestion, souvent très nombreuses, consistant en simples notes, s'égarent ou se perdent facilement » ⁽²⁾. Cette dernière proposition aurait cependant une portée considérablement restreinte, si, comme nous le proposons, on obligeait le tuteur à fournir un compte chaque année et si l'on constituait des dossiers de tutelle.

Quoi qu'il en soit, la tendance actuelle est de restreindre encore la durée d'une prescription que les rédacteurs de notre Code avaient déjà abrégée ⁽³⁾.

Le droit allemand n'établit cependant aucune prescription spéciale en cette matière ; la prescription appli-

(1) C. civ., art. 475.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, t. V, n° 640.

(3) MESLÉ, *Traité des minorités*, 1^{re} partie, chap. XII, n° 6. — « Dans l'ancien droit, les actions du mineur contre le tuteur n'avaient d'autre limite que la plus longue prescription immobilière. Il y avait même des auteurs qui soutenaient que, conformément à l'ancien droit romain, ces actions ne devaient jamais se prescrire ». (LAURENT, *Principes*, t. V, n° 183).

cable sera, selon les cas, celle de trois ans ou celle de trente ans ⁽⁴⁾.

Le droit suisse, par contre, décide que toutes actions de l'ex-pupille contre son ex-tuteur se prescrivent au bout d'un an à dater de la remise du compte final ⁽⁵⁾, ou, exceptionnellement, au bout de dix ans ⁽⁶⁾.

Enfin, le Code espagnol décide que « les actions qui « appartiennent réciproquement au tuteur et au mineur « à raison de l'exercice de la tutelle se prescrivent par « cinq ans depuis qu'elle a pris fin » ⁽⁷⁾.

Voilà, en définitive, la disposition qui nous semble la meilleure et que nous voudrions voir adoptée en législation. La durée de cinq ans est raisonnable. Mais, à un autre point de vue, cette disposition est équitable :

Notre Code éteint au bout de dix ans « toute action du pupille contre son tuteur relativement aux faits de la tutelle ». Cette formule n'embrasse pas l'action en paiement du reliquat de compte ni la revendication d'un bien du pupille dont le tuteur serait resté détenteur : elle ne concerne que les actions *relatives aux faits de tutelle*, c'est assez juste. Mais encore n'admet-on, parmi ces actions, que celle du pupille contre son tuteur, c'est-à-dire *tutela directa*. Pourquoi ne pas admettre la réciproque et prescrire par le même délai l'action du tuteur contre son pupille (*tutela contraria*). La solution espagnole, sur ce point, mérite d'être approuvée. Il importe

(4) C. civ. allem., art. 852, al. 1.

(5) C. civ. suisse, art. 454, al. 1.

(6) C. civ. suisse, art. 455, al. 1. — Enfin, une prescription plus longue est applicable, lorsqu'il s'agit d'actes délictueux (C. civ. suisse, art. 455, al. 2 ; Code suisse des obligations, art. 60, al. 2).

(7) C. civ. espagnol, art. 287.

qu'une courte prescription mette fin à l'état d'insécurité qui peut exister chez le pupille comme chez le tuteur ⁽⁸⁾.

Ce n'est qu'en ce qui concerne le point de départ de la prescription que l'on peut critiquer la disposition du Code civil espagnol : le délai court du jour où prend fin la tutelle ⁽⁹⁾. C'est peut-être une amélioration du système de la loi française qui fixe le point de départ au jour de la majorité, alors que, bien avant cette date, le tuteur a pu cesser ses fonctions par suite de décès ou de destitution, ou encore par suite de l'émancipation du pupille. Mais la meilleure solution semble être de faire courir la prescription du jour de la reddition de compte ⁽¹⁰⁾. Ce sera là une mesure excellente — en dehors des autres moyens de contrainte, comme des amendes, par exemple — qui ne permettra pas au tuteur d'éluder l'acte qui doit mettre le point final à sa gestion.

(8) La même solution est donnée par le C. civ. ital., art. 309, et par l'avant-projet Laurent, art. 469.

« Un seul et même fait, la tutelle, doit être régi par la même prescription, sans distinguer si le tuteur est demandeur ou défendeur. Il est vrai qu'il n'y a pas identité complète de motifs entre les deux hypothèses, mais l'analogie suffit pour justifier l'innovation » (LAURENT, *Avant-projet*, t. II, p. 307, note 2).

(9) C'est-à-dire *a parte tutoris*. — Cf. H. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 214.

(10) C. civ. suisse, art. 454, al. 1.

CONCLUSION

Etat ou Famille ?

CHAPITRE I. — *La tutelle familiale et son traditionalisme.*

CHAPITRE II. — *La tutelle de l'autorité et le socialisme d'Etat.*

CHAPITRE III. — *La famille, protectrice naturelle de l'enfant.*

CONCLUSION

Etat ou Famille ?

Au récent Congrès des notaires d'Alsace-Lorraine, tenu à Strasbourg, le 30 avril 1933, figurait à l'ordre du jour la question de « la loi civile du 1^{er} juin 1924 et de son échéance au 31 décembre 1934 ». Cette loi ayant maintenu pour dix ans deux institutions locales très importantes — le régime du livre foncier et le régime des tutelles — il était naturel que des juristes eussent le souci du sort qu'un proche avenir doit réserver à ces institutions.

Or, disait le rapporteur ⁽¹⁾, en ce qui concerne le régime foncier, la loi locale a une supériorité incontestable sur celle de la métropole, et rien ne s'opposerait à ce que le régime des départements recouvrés fût prorogé, même indéfiniment : la situation est comparable au régime foncier algérien, et les conflits de législations ne sont guère à craindre en cette matière.

La question est toute autre, lorsqu'il s'agit des tutelles. Le régime d'exception se concilie mal avec la protection des mineurs telle qu'elle est organisée dans le reste de la France, et des conflits se produisent assez souvent ⁽²⁾. Il y a donc intérêt à ce que l'unification du droit

(1) M^e Diehl, notaire à Illkirch.

(2) J. DEMEY, *Revue des principales difficultés pratiques du conflit de la loi française et de la loi locale d'Alsace-Lorraine*, dans *Journal des notaires et des avocats*, 1929, p. 5 et s., 577 et s. — *Revue juridique d'Alsace et de Lorraine* (E. SCHAFFHAUSER), Table duodécennale, V¹⁸ Puissance paternelle ; Tutelle.

soit, sur ce point, réalisée le plus tôt possible ⁽³⁾. Mais dans quel sens doit-on réaliser cette unification ? Ici, poursuit le rapporteur, nous ne pouvons être aussi formels que sur la question du livre foncier, et les avis sont très partagés : la supériorité du régime local des tutelles *est loin d'être unanimement reconnue*. L'unification, en prenant pour base le régime du Code civil français avec de notables améliorations, ne serait pas accueillie défavorablement dans les départements recouvrés.

Cet avis, émis, en connaissance de cause, par un praticien, exprime l'idée qui se dégage de la réforme proposée : ce n'est pas le régime des tutelles actuellement en vigueur dans les départements recouvrés qui doit être étendu aux autres départements ; c'est la législation de ceux-ci qui doit être introduite là-bas. Mais cette extension ne peut être opérée d'un trait de plume : elle nécessite, de toute évidence, des réformes assez importantes ⁽⁴⁾, que la métropole réclame depuis longtemps et que, au moment d'une introduction du régime tutélaire français, l'Alsace et la Lorraine réclameraient bien davantage encore.

Car, si l'on compare actuellement, sur la matière de la tutelle, le droit local alsacien-lorrain et le Code civil français, le résultat est assez suggestif : c'est, d'une part, la haute tutelle d'Etat poussée jusqu'à sa plus

(3) D'aucuns estiment cependant que le délai d'étude (dix ans) que s'était accordé le législateur de 1924 était trop court. M. Schuman, député de la Moselle, nous disait dernièrement que la loi de 1924 sera très probablement prorogée, au moins pour cinq ans.

(4) D'ailleurs, en sens inverse, l'extension du régime local au reste de la France ne peut se concevoir, elle aussi, sans des adaptations et des réformes plus ou moins nombreuses. — Cf. F. SCHNEPP, *op. cit.*, p. 196 et s. ; GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 335 et s.

grande perfection ; et c'est, d'autre part, la tutelle familiale, que notre Code a, le premier de tous, organisée véritablement, mais qui, à l'heure présente — il faut avoir le courage de le reconnaître — ne fait point figure honorable à côté des régimes tutélaires inspirés du nôtre. Placée sur ce terrain, la question se résout fatalement en reconnaissant l'infériorité actuelle de notre système de protection des incapables.

Mais, le régime français de la tutelle, tel qu'il existe actuellement, ne saurait constituer un terme de comparaison. Il importe, avant tout, de savoir si ce régime est susceptible d'être perfectionné — question que nous avons essayé de résoudre dans les développements précédents — et si, ce point étant acquis, il peut alors être préféré à d'autres. A cette dernière question nous répondrons affirmativement pour trois raisons :

1° La tutelle familiale se justifie chez nous par son traditionnalisme ;

2° La tutelle de l'autorité serait un acheminement vers le socialisme d'Etat ;

3° La protection de l'enfant est, en droit naturel, familiale.

CHAPITRE PREMIER

La tutelle familiale et son traditionnalisme

Le projet de réforme italien, que nous avons déjà eu l'occasion de citer ⁽¹⁾, prévoit la suppression du Conseil de famille, et, comme compensation, la création d'un juge tutélaire (*giudice tutelare*). Le Code civil italien est peut-être, de tous les codes étrangers, celui qui s'est le plus directement inspiré du nôtre : on peut donc s'étonner de ce que les auteurs du projet aient jugé nécessaire une réforme aussi brutale, instituant un régime analogue à la *Obrigkeitsliche Vormundschaft* du droit allemand. On peut surtout critiquer que le projet, allant dans cette voie beaucoup plus loin que les Codes allemand ou suisse, n'ait pas maintenu le Conseil de famille au moins à titre facultatif.

« La principale innovation du projet, — disent les « motifs », — consiste dans la concentration entre les mains du juge des tutelles (institué auprès de chaque préture du royaume), de tous les pouvoirs de direction et de surveillance, de décision et d'autorisation, nécessaires à l'organisation et au fonctionnement de la tutelle, alors que le Code en vigueur a réparti ces pouvoirs

(1) *Supra*, p. 166, note 56.

entre le préteur, le Conseil de famille, le tribunal et le procureur du roi.

« La proposition tendant à la suppression du Conseil de famille a été longuement et mûrement réfléchie. L'institution du Conseil de famille avait été introduite dans le *Code civil*, bien plus sous l'influence des tendances politiques de la Révolution en faveur du système électif (plaçant à la tête une assemblée avec pouvoir délibérant), que pour reproduire les dispositions de telle des anciennes *coutumes* ; celles-ci, à vrai dire, n'attribuaient à l'assemblée des parents pas davantage qu'un droit de proposition, en ce qui concerne la nomination du tuteur, et d'un avis à donner au sujet des actes les plus importants intéressant le patrimoine du mineur. Le Conseil de famille fut reçu dans toutes les législations qui prirent pour modèle le Code Napoléon, encore qu'il n'avait pas de précédents dans la législation italienne antérieure à la codification » (2).

Cette dernière proposition peut, dans une certaine mesure, justifier le projet de réforme italien en ce qui concerne le régime de la tutelle. Mais, où les « motifs » du projet sont inexacts, c'est en affirmant — ou, tout au moins, en laissant croire — que le Conseil de famille français a été créé de toutes pièces par les rédacteurs de notre Code civil. Sans doute, les *tendances politiques* de la Révolution étaient en faveur de la haute tutelle constituée en une assemblée ayant pouvoir délibératif, mais ces tendances ont reçu satisfaction, non par la création

(2) *Codice civile, primo libro, relazione*, p. 186.

d'un organisme artificiel, mais par la consécration d'un état de choses antérieur ⁽³⁾.

L'assemblée de parents, vers la fin de l'ancien régime, présentait une infinité de traits communs avec notre Conseil de famille actuel. Comme lui, elle intervenait à propos des actes les plus importants de la tutelle : nomination ou destitution du tuteur ⁽⁴⁾, émancipation du pupille ⁽⁵⁾, mariage du pupille ⁽⁶⁾, fixation des frais de pension du pupille ⁽⁷⁾, interdiction des *insensés et des prodigues* ⁽⁸⁾, emploi des deniers ⁽⁹⁾, réduction du prix des anciens baux ⁽¹⁰⁾, réparations *de conséquence* (grosses réparations) à faire aux immeubles ⁽¹¹⁾, exercice des actions, soit en demandant, soit en défendant ⁽¹²⁾, re-

(3) Cela est si vrai que, lors des travaux préparatoires, le principe du Conseil de famille n'a fait l'objet d'aucune discussion, et l'on chercherait vainement dans les recueils de LOCRÉ ou de FENET des éléments de critique ou d'appréciation à son sujet.

(4) ARGOU, *Institution au droit français*, Livre I, chap. VIII, *Des tuteurs* ; FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1771, V° Avis de parents ; DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, etc., 1775, V° Avis de parents. — C. civ., art. 405, al. 1.

(5) ARGOU, L. I, chap. V, *De l'émancipation* ; FERRIÈRE, V° Emancipation de mineurs ; DENISART, V° Avis de parents. — C. civ., art. 478.

(6) ARGOU, L. I, chap. VIII ; FERRIÈRE, V° Avis de parents ; DENISART, *ibid.* — C. civ., art. 159.

(7) ARGOU, *ibid.* — C. civ., art. 454.

(8) FERRIÈRE, DENISART, *loc. cit.* — C. civ., art. 494.

(9) ARGOU, FERRIÈRE, DENISART, *loc. cit.* — Cf. C. civ., art. 455.

(10) ARGOU, DENISART, *loc. cit.*

(11) ARGOU, *loc. cit.* — Actuellement, l'intervention du Conseil de famille ne sera pas nécessaire, si l'on admet le principe de l'omnipotence du tuteur.

(12) ARGOU, FERRIÈRE, *loc. cit.* ; v. cependant la coutume de Lorraine dans P. PURNOT, *La tutelle, la garde noble et bourgeoise dans les coutumes de la Lorraine et du Barrois*, thèse Nancy 1907, p. 105. — C. civ., art. 464.

nonciation à une succession onéreuse⁽¹³⁾, vente des immeubles⁽¹⁴⁾, etc.

Il est d'autres point de comparaison entre l'assemblée de parents de l'ancien droit et le Conseil de famille du Code civil. Le nombre des membres, variant selon les coutumes, comprenait, en général, un nombre égal de parents du côté paternel et du côté maternel. D'ailleurs, pouvaient faire partie de l'assemblée, comme de nos jours, des *affins* (alliés) et même des personnes non parentes ou alliées, des *voisins*⁽¹⁵⁾. Enfin, il était admis, vers la fin de l'ancien régime, que le vote de l'assemblée, quoique qualifié *avis de parents*, s'imposait au juge⁽¹⁶⁾. Ce dernier avait — comme notre juge de paix, président du Conseil de famille — voix prépondérante en cas de partage⁽¹⁷⁾.

On remarquera, d'ailleurs, que si le Code civil a reproduit, en réglementant le Conseil de famille, certains inconvénients de l'ancien droit, comme, par exemple, la faculté pour les parents nominateurs de se faire représenter par mandataires⁽¹⁸⁾, il a rétrogradé sur d'autres points. C'est ainsi que, le Conseil de famille étant, sous

(13) DENISART, *loc. cit.* — C. civ., art. 461.

(14) ARGOU, FERRIÈRE, DENISART, *loc. cit.* — C. civ., art. 457.

(15) POTHIER, *Traité des personnes*, 1^{re} partie, Titre VI, § 2, *De la tutelle dative*. — Le Code civil, art. 409, admet, non pas des *voisins*, mais « des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur » (amendement proposé par Cambacérès à la séance du Conseil d'Etat du 22 vendémiaire an XI, dans LOCRE, *op. cit.*, t. VII, p. 180, 181), distinction plus théorique que pratique.

(16) POTHIER, *ibid.* ; H. MARTIN, *op. cit.*, p. 14 ; MERLIN, *Répertoire*, V^o *Tutelle*, sect. II, § V.

(17) POTHIER, *ibid.* — C. civ., art. 416.

(18) DENISART, V^o *Avis de parents*, 9^o.

l'ancien régime, un corps permanent ⁽¹⁹⁾, les rédacteurs du Code ont préféré dire qu'il serait constitué à nouveau chaque fois qu'une réunion deviendrait nécessaire. C'est ainsi encore que la reddition de compte qui, autrefois, était faite au Conseil de famille ⁽²⁰⁾, a lieu actuellement sans son intervention : toutes choses auxquelles nous avons proposé de remédier au cours de cette étude.

Quoi qu'il en soit, on pourrait multiplier les points de comparaison qui existent entre l'*assemblée de parents* et le Conseil de famille. Ce dernier est véritablement une *institution coutumière* ⁽²¹⁾, laquelle, après des remaniements — pas toujours heureux, nous venons de le constater — s'est fixée dans notre Code. A nous de continuer, par de nouveaux perfectionnements, l'évolution d'une institution qui, depuis des siècles, a acquis droit de cité chez nous.

(19) M. GROISNE, *op. cit.*, p. 56.

(20) M. GROISNE, *op. cit.*, p. 58. — Cependant, à ce sujet, les règles n'étaient pas partout les mêmes. DENISART, V^o *Compte*, 16°, dit bien que «... le pupille, devenu majeur, est toujours réputé mineur, relativement à son tuteur, jusqu'à la reddition du compte de tutelle », mais plus loin (22°) il cite un cas où l'ex-pupille « avait entendu ce compte en présence du curé de la paroisse et de deux de ses tantes ». L'usage du Châtelet de Paris était la reddition de comptes devant commissaires (*ibid.*, 18°, 19°), et la nomination de « tuteurs (c'étaient plutôt des curateurs), aux mineurs, même émancipés, pour les assister à l'audition des comptes de tutelle qui leur sont rendus » (*ibid.*, 22°). Enfin, on a souvent admis que « tous les comptes rendus à des mineurs, devaient être rendus en justice » (FERRIÈRE, V^o *Compte*). Quoi qu'il en soit, lorsqu'il y avait lieu de nommer des *tuteurs* pour assister le pupille lors de la reddition de compte, leur nomination avait lieu sur avis de parents. — D'autre part, pour ce qui est des autres comptes, qui pouvaient être exigés pendant le cours de la tutelle, ceux-ci étaient toujours rendus au Conseil de famille.

(21) LAURENT, *Principes*, t. IV, n° 372 ; GROISNE, *op. cit.*, p. 7.

Car, si le traditionnalisme est invoqué, en Allemagne⁽²²⁾ et en Italie⁽²³⁾, en faveur de la haute tutelle d'Etat, c'est ce même traditionnalisme qui, en France, justifie l'existence et exige le maintien du Conseil de famille.

(22) « L'attribution de la haute tutelle aux tribunaux s'explique
« par le fait de l'évolution historique du droit tutélaire allemand,
« évolution dont les origines remontent à celles de notre histoire,
« et dont le dernier état, maintenu dans le Code, est consacré par
« les législations de la majeure partie de l'Allemagne ; encore que
« cet état ne soit pas — comme toutes choses humaines, d'ailleurs
« — parfait à tous points de vue, les résultats, dans l'ensemble,
« sont plutôt satisfaisants. Que l'on fasse ressortir de très graves
« défauts au système actuel et des avantages évidents à l'adoption
« d'un autre, alors seulement se justifiera la rupture avec le passé,
« avec une institution qui, chez nous, sans aucun doute, s'est inté-
« grée dans la nation ». (*Motive*, t. IV, p. 1015.)

(23) V. *supra*, p. 258.

CHAPITRE DEUXIEME

La tutelle de l'autorité et le socialisme d'Etat

Une image souvent employée place l'enfant au milieu de deux cercles : Famille-Etat, le premier l'entourant immédiatement, le second englobant le tout. Que l'on efface l'élément médiat — la famille — et l'on aura supprimé toute barrière entre l'Enfant et l'Etat. De deux cercles, on en aura laissé subsister un — l'Etat — qui aura pris l'autre pour modèle et qui, imitation souvent malhabile, n'aura peut-être pas le même centre : l'Enfant, d'où un déséquilibre.

La haute tutelle d'Etat est un moyen de *socialisation* de l'enfant. Elle constitue un domaine, parmi tant d'autres, où l'Etat supprime l'obstacle constitué, entre lui et l'enfant, par la famille ⁽¹⁾. C'est pourquoi le Conseil de

(1) Cependant, il est assez curieux de constater que les hommes de la Révolution, — qui, nous l'avons vu (*supra*, p.), soutenaient l'institution du Conseil de famille et avaient même conçu les *tribunaux de famille*, — proclamaient avec une égale ardeur les droits exclusifs de l'Etat sur l'enfant. « Les enfants, disait Danton, appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents » (*Moniteur*, XVIII, 654, cité par J. THOMAS, *La condition de l'enfant dans le droit intermédiaire*, thèse Nancy 1923, p. 87) ; et Robespierre, dans un rapport fait au Comité de Salut public, ajoutait : « La patrie a le droit d'élever ses enfants ; elle ne peut confier ce dépôt à l'orgueil des familles, ni aux préjugés des particuliers, aliments éternels de l'aristocratie et d'un fédéralisme domestique qui rétrécit les âmes en les isolant » (cité par J. THOMAS, *ibid.*, p. 88).

famille ne peut s'acclimater en Allemagne, surtout actuellement ; il ne se conçoit pas du tout dans une Russie soviétique ; il commence à devenir gênant dans l'Italie fasciste, où l'enfant est embrigadé dans les *ballilas* et où des formules telles que « l'éducation ne peut appartenir qu'à l'Etat » (2), « l'éducation familiale est égoïste » (3), caractérisent l'esprit de la nouvelle législation.

Les défenseurs d'un tel régime ne prétendent cependant pas toujours annihiler l'autorité de la famille, mais, au contraire, la remplacer, *parce qu'elle fait défaut* : « Qu'a donc à voir, dit l'un d'eux, la haute tutelle d'Etat avec de semblables théories ? Destructrice de la famille, non pas : mais bien plutôt son auxiliaire dans tous les cas où elle ne suffit pas seule à sa tâche (4). L'Etat n'agit pas, par l'institution de la haute tutelle, contre la famille, mais à son défaut (5). Ce n'est pas l'intervention de l'Etat qui désorganise la famille ; c'est la désorganisation de la famille qui motive, et très légitimement, l'intervention de l'Etat » (6).

Reste à savoir, pourtant, si l'Etat qui prétend être, ici, l'auxiliaire de la famille, n'est pas plutôt son destructeur. Agit-il véritablement à défaut de la famille, ou ne l'écarte-t-il pas résolument pour expliquer son intervention ? Le raisonnement a l'apparence d'un cercle vicieux. La désorganisation de la famille n'est peut-être pas le fait exclusif de l'Etat. N'empêche que ce dernier,

(2) MUSSOLINI, *Discours*, 25 mai 1929, dans A. COLIN, *op. cit.*, p. 385.

(3) *Popolo d'Italia*, juillet 1931, *loc. cit.*

(4) GASTAMBIDE, *L'enfant devant la famille et l'Etat*, *op. cit.*, p. 330.

(5) GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 331.

(6) GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 299.

dans l'affaiblissement de l'autorité familiale, porte une lourde responsabilité. Plutôt que de restaurer, si besoin est, le groupement familial, qui constitue comme la cellule de la nation, il affirme *a priori* que cette restauration est impossible et qu'il doit lui-même se substituer à ce groupement prétendu déficient. Comme nous l'écrivait M^e Carteret, notaire à Genève, « le système suisse (c'est-à-dire celui de la haute tutelle d'Etat) a un inconvénient tout à fait général, c'est qu'il constitue un renforcement de l'idée des responsabilités de l'Etat et un acheminement au fonctionnarisme toujours plus absorbant » (7). Or, le renforcement de ces responsabilités n'a-t-il pas lieu au détriment de celles de la famille, et n'est-ce pas aboutir, avec la suppression de la responsabilité des parents et alliés, à la négation de la solidarité familiale ?

L'enfant appartient-il, en définitive, à l'Etat ou à la famille ? A cette question, un des plus ardents défenseurs de la haute tutelle d'Etat répond que « l'enfant n'appartient à personne jusqu'au jour où il peut s'appartenir à lui-même : sa protection incombe précisément à celui qui l'en mettra le mieux en mesure » (8). Cependant, plus loin, le même auteur reconnaît que c'est « à la famille qu'appartient en première ligne la protection de l'enfant, parce que l'aptitude crée ici le droit : et cette aptitude est si indiscutable que, partout où l'Etat doit intervenir, parce que la famille manque à ses devoirs

(7) Nous tenons à remercier M^e Carteret des renseignements si intéressants, concernant le droit suisse, qu'il a bien voulu nous fournir au cours de ce travail.

(8) GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 330.

envers l'enfant, il essaye de réorganiser *artificiellement* une famille à l'enfant dont l'état d'abandon réclame sa protection » ⁽⁹⁾.

La protection de l'Etat est donc, en cette matière, véritablement anormale ou, comme le reconnaît M. Gastambide, artificielle. Elle le serait surtout en France, où la crainte de son intervention a toujours été considérée comme le commencement de la sagesse ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ GASTAMBIDE, *op. cit.*, p. 331.

⁽¹⁰⁾ V. *supra*, p. 215, note 47.

CHAPITRE TROISIEME

La famille, protectrice naturelle de l'enfant

L'antiquité romaine pourrait, semble-t-il au premier abord, être invoquée pour justifier la tutelle de l'autorité, plus encore que celle de la famille. Sans doute, tous pouvoirs sont aux mains du chef de *famille*, du *paterfamilias*, et, en ce sens, on peut la qualifier de familiale. Mais, dira-t-on, le groupement lui-même ne détient aucun pouvoir, il n'y a même pas l'apparence d'un Conseil de famille. Il s'agit ici de la famille agnatique, plus vaste, autrement conçue, mais mieux disciplinée que la famille moderne. Composée d'éléments n'ayant entre eux souvent aucun lien du sang, soumise à un chef unique, gouvernée par lui seul, cette famille, en quelque sorte artificielle, ne constitue-t-elle pas un petit Etat, et la protection du chef n'est-elle pas, en définitive, la tutelle de l'autorité ?

On trouve néanmoins, dans l'ancien droit romain, des *tribunaux domestiques*, qui, à côté du chef de famille, intervenaient dans les actes les plus importants intéressant la vie familiale. C'est ainsi qu'il est question, dans Denys d'Halicarnasse, du jugement de la femme par le mari *assisté de ses proches* ⁽¹⁾. Tite-Live mentionne éga-

(1) DENYS D'HALICARNASSE, *Antiquités romaines*, II, 25.

lement ce tribunal domestique⁽²⁾ dont la compétence semble avoir été assez étendue, et dont la composition n'était pas déterminée par les règles de la parenté civile ou agnation, mais par celles de la parenté naturelle ou cognation⁽³⁾.

Ce sont là, cependant, des points de comparaison bien faibles avec notre Conseil de famille, d'autant plus que les assemblées de famille n'ont jamais eu, dans l'ancienne Rome, qu'un rôle très restreint en ce qui concerne la protection des enfants. « L'autorité du *paterfamilias*, tempérée d'abord par l'intervention des proches parents, n'a pas tardé à revêtir un caractère tout à fait individualiste. Au moment où l'Etat est intervenu pour prévenir certains effets excessifs de la puissance paternelle, celle-ci, en perdant une partie de ses attributs, a pris dans l'exercice de ceux qui lui restaient un rigorisme qu'elle n'avait guère connu jusqu'alors »⁽⁴⁾.

Il y avait là une situation véritablement anormale, dont on se rendit compte bientôt et à laquelle on essaya de remédier. Dès ce moment, l'idée de protection de l'incapable s'insinue lentement dans les mœurs et dans la législation pour se développer au cours de toute l'histoire du droit romain⁽⁵⁾.

(2) « *Sunt, qui patrem auctorem ejus supplicii ferant ; eum cognita domi causa verberasse ac necasse peculiumque filii Cereri consecravisse... Ceterum, sive illud domesticum sive publicum fuit judicium, damnatur ser. Cornelio Q. Fabio consulibus* ». (Tite-Live, *Ab urbe condita*, II, 41.)

(3) E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, 2^e édit., t. I, p. 46.

(4) GROISNE, *op. cit.*, p. 13.

(5) V. *supra*, p. 3, 4.

Quoi d'étonnant si, même sous Justinien, l'idée de protection acquiert à peine son plein développement ? La famille tenue trop loin de la direction de toute tutelle, n'est pas encore reconnue officiellement comme protectrice de l'enfant.

Les coutumes barbares ont connu, au contraire, assez tôt, un système tutélaire conçu davantage dans l'intérêt de l'enfant. C'est qu'à cette époque l'enfant était soumis à un pouvoir moins individualiste : dès le début, le *mundium* n'a-t-il pas été l'expression d'un pouvoir *familial*, exercé par le père, ou par le tuteur, mais qui n'excluait pas l'intervention des autres parents. « L'enfant opprimé trouvait toujours *dans le Conseil de ses proches* une voix pour le défendre, car, dans ce Conseil, les fils siégeaient avec les pères, les parents maternels avec les parents paternels, ceux de la femme avec ceux du mari » ⁽⁶⁾.

Quant aux assemblées de parents de notre ancien droit, ne sont-elles pas une concrétisation de l'idée de protection des incapables ? A ce moment, pas plus d'ailleurs que lors de la rédaction du Code civil ⁽⁷⁾, l'intervention de la famille n'a besoin d'être justifiée. N'en est-il plus de même aujourd'hui ? Il ne semble pas : la famille, cellule sociale, n'est-elle pas tout indiquée pour assumer la charge de protéger l'un de ses membres ? Et cette idée ne doit-elle pas écarter celle de toute autre intervention, même de la part d'un groupement supérieur, comme l'Etat. L'Etat, qui, historiquement, est de

⁽⁶⁾ P. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, 2^e édit., p. 200.

⁽⁷⁾ V. *supra*, p. 259, note 3.

formation postérieure à la famille, n'a pas le droit de supplanter celle-ci. Sans aller aussi loin que M. Duguit, niant la personnalité de la collectivité, on doit reconnaître que la famille suppose des liens plus naturels et une cohésion psychologique, sinon juridique, plus grande qu'on ne peut en concevoir de la part de l'Etat. Celui-ci n'a pas le droit, sous prétexte que les liens de famille se relâchent, de les dénouer. Qu'un individu ou un groupement manque à ses devoirs, le rôle de la Loi n'est pas de constater et même de favoriser ce manquement : elle doit le prévenir ou le punir. A elle donc d'organiser, si la famille ne sait en prendre l'initiative, la protection de l'enfant sur une base familiale ; à elle de venir au secours de la famille dans l'accomplissement de cette tâche, de lui rappeler ses devoirs si cela est nécessaire, de renforcer son action. Que l'Etat préside, en somme, au bon fonctionnement du système tutélaire et y participe même dans une mesure plus ou moins large ⁽⁸⁾, on ne saurait lui contester ce droit ; il n'en reste pas moins vrai que la protection de l'enfant doit rester, avant tout, familiale.

Cette idée a triomphé dans la rédaction d'un Code relativement récent et d'une valeur scientifique incontestable ⁽⁹⁾. Le Code civil espagnol, dont nous avons cité bien souvent les dispositions intéressantes en matière de tutelle, s'est prononcé en faveur du système tutélaire familial. Le fait est d'autant plus remarquable qu'il rompt avec une tradition plusieurs fois séculaire, dans

⁽⁸⁾ Comme c'est le cas en France, où le juge de paix fait, de droit, partie du Conseil de famille.

⁽⁹⁾ A. LEVÉ, *Code civil espagnol*, 1890, p. V, VI.

un pays où la haute tutelle d'Etat était en vigueur ⁽¹⁰⁾. Passant d'un extrême à l'autre, le législateur espagnol a attribué à la famille un rôle très important — plus important qu'il ne l'est dans n'importe quelle autre législation : ce rôle est presque exclusif, puisque, dès sa constitution, le Conseil de famille espagnol délibère hors la présence du juge municipal et que son président, élu par cooptation, est un des membres du Conseil, donc un parent ou un allié ⁽¹¹⁾. On a pu critiquer le fait que cette assemblée ne soit point présidée, comme c'est le cas chez nous, par un juge. N'empêche qu'il y a là une formule qui, dans des cas particuliers, peut donner d'excellents résultats et qui pourrait être adoptée chez nous à titre facultatif ⁽¹²⁾ : de même que l'Allemagne et la Suisse connaissent, par dérogation au régime normal qui est la tutelle d'Etat, une tutelle familiale, de même, chez nous, on pourrait permettre, exceptionnellement, la constitution d'un véritable Conseil de famille, d'où serait exclu tout élément étatique.

Le Conseil de famille a reçu très bon accueil en Espagne ⁽¹³⁾. M. Ricardo Lujan, avocat à Barcelone, à qui nous demandions récemment son avis sur la question, nous disait que la réforme avait été acceptée très favorablement par l'opinion publique.

(10) H. DARTIGALONGUE, *op. cit.*, p. 19-28.

(11) V. *supra*, p. 84.

(12) C'est là une simple suggestion que nous n'avons pas fait figurer au projet de loi, car elle demanderait, pour sa réalisation, l'établissement de règles assez difficiles à préciser. Dans quels cas admettrait-on ce Conseil exclusivement familial ? Qui aurait qualité pour prononcer l'exclusion du juge de paix ?

(13) LACARRA, *Instituciones de derecho civil Navarro*, Pampelune, 1917, p. 243.

« La réforme, nous écrivait-il, substituant l'institution du Conseil de famille à la surveillance que l'autorité judiciaire exerçait sur les tuteurs, a fort bien été accueillie, encore que cette institution soit susceptible de perfectionnements.

« Quant à mon opinion personnelle, elle ne diffère en rien de celle qu'avait à ce sujet le célèbre homme d'Etat espagnol Eduardo Dato et qu'il avait exposée dans le passage suivant que je n'hésite pas à reproduire intégralement, passage qui a toute l'autorité que lui donne la grande culture juridique de son auteur :

« Le but du Conseil de famille est de conserver vivantes l'activité et l'intimité du foyer paternel. A cet effet, la loi n'a pas voulu remettre aux mains d'une personne quelconque, après le décès des père et mère, les droits de puissance paternelle ; elle a réparti ces droits entre différentes entités, en créant, à côté du tuteur, le subrogé tuteur (protutor) et le Conseil de famille, délicat organisme dont l'affectueuse sollicitude et le but si légitime doivent contribuer à améliorer le sort des mineurs et des incapables, tant en ce qui concerne la protection de leur personne que celle de leurs biens. Bref, les orphelins, tant que dure leur minorité, ne sont pas *sui juris*, comme disent les traités de droit romain ; ils continuent, au contraire, à être soumis à une sorte de puissance paternelle, dont les attributs se répartissent entre le tuteur, investi des pouvoirs d'exécution, le subrogé tuteur, chargé de surveiller ses actes, et le Conseil de famille, véritable

« tribunal ⁽¹⁴⁾ qui, tenant les mineurs à l'écart des rites
« les plus coûteux du forum, se constitue pour sanc-
« tionner de son autorité, et sous la garantie d'une res-
« ponsabilité bien établie, les actes les plus importants,
« relatifs à l'éducation et au bien-être des mineurs. »

Ce mouvement d'opinion très favorable qui, en Espagne, s'est manifesté à l'égard du Conseil de famille, n'a pas diminué malgré les récentes modifications opérées dans la législation de ce pays après le renversement de la monarchie. La nouvelle constitution du 9 décembre 1931 a modifié ou complété en maints endroits le droit civil en vigueur ⁽¹⁵⁾, mais ni elle, ni les lois postérieures à la proclamation de la République n'ont touché au régime des tutelles ⁽¹⁶⁾.

N'y a-t-il pas là un enseignement, pour nous Français, qui avons souvent tendance à louer d'une façon

(14) Ce n'est là, évidemment, qu'une figure, car en Espagne, pas plus qu'en France, le Conseil de famille ne constitue une juridiction. — Qu'il nous soit permis de remercier ici M. Ricardo Lujan pour son intéressante communication.

(15) V. notamment : art. 25 sur l'égalité des personnes, art. 28 sur la nationalité (modification de l'art. 22 C. civ. espagnol : l'étrangère épousant un Espagnol conserve dorénavant sa nationalité), art. 44 sur l'expropriation pour cause d'utilité sociale, art. 68 sur le mariage (suppression de l'incapacité de la femme mariée).

(16) CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de derecho civil espanol ; Appendice*, Valladolid, 1932. — LE PELLEY, *Le Code civil espagnol avec les modifications apportées par la nouvelle constitution du 9 décembre 1931 et par les lois et décrets édictés postérieurement par le gouvernement de la République*, Paris, Giard, 1932.

Nous lisons cependant, dans le dernier *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1933, p. 214, 215 (liste des lois des principaux pays ; Espagne), les mentions suivantes :

« 26 août. — Loi relative au tribunal tutélaire des mineurs (G. d. M. du 1^{er} septembre 1932, n° 245, p. 1610 et 1611).

« 2 décembre. — Décret organisant le tribunal tutélaire des

exagérée tout ce qui est étranger, alors que nous avons sous les yeux une institution marquée du sceau français et qui s'est fort bien acclimatée à l'étranger (17).

Sans doute — et c'est le résumé des développements que nous avons consacrés à cette idée — le système français de la tutelle a des imperfections assez nombreuses : le remède ne consiste pas à l'anéantir, mais, au contraire, à lui apporter les améliorations qui doivent en faire l'institution-type de la protection du pupille.

mineurs (G. d. M. du 9 décembre 1932, n° 344, p. 1749 et 1750). »

Or, il s'agit uniquement du tribunal de Madrid ; les pouvoirs donnés à ce tribunal siégeant au complet (*en pleno*) sont attribués désormais à un juge unique rétribué ; d'autre part, ce n'est qu'un essai pour six mois ; la loi prévoit le mode de nomination du juge et le fonctionnement du tribunal ; le décret organise ce tribunal et contient des dispositions relatives à la nomination du juge, à sa rétribution et à la révocation des personnes attachées à l'ancien tribunal (renseignements communiqués par M. Goulé, secrétaire général de la Société de législation comparée, auquel nous exprimons tous nos remerciements).

(17) « L'unique raison pour laquelle le Conseil de famille fut admis dans la législation espagnole a été l'exemple donné par les droits étrangers, et, en particulier, par le droit français ». (FRANCISCO DE CARDENAS, dans *Comentarios al código civil*, de MANRESA Y NAVARRO, t. I, p. 41).

APPENDICE

PROJET DE REFORME

- I. — Code civil ; Titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation.*
 - II. — Code civil ; Titre *de la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire.*
 - III. — Loi du 27 février 1880 ⁽¹⁾.
-

(1) Nous avons voulu esquisser un projet de réforme de la partie essentielle des dispositions légales concernant la tutelle (titres X et XI du livre premier du Code civil, et loi de 1880). Il est cependant d'autres dispositions, dans nos codes et dans nos lois,

qui demanderaient, corrélativement, des réformes plus ou moins importantes. Les dimensions de cet ouvrage ne nous permettent malheureusement point d'en faire un exposé complet. Qu'il nous suffise de rappeler sommairement les modifications que nous avons proposées au cours de notre étude et que nous n'avons pu insérer dans notre projet de réforme :

A. — *Code civil.*

ART. 2121. — L'alinéa 3, qui concerne l'hypothèque légale des mineurs et interdits, serait à supprimer ; de même, concernant cette hypothèque légale, seraient à supprimer ou à modifier les articles 2135, 1^o, 2136, 2137, 2138, 2139, 2141, 2142, 2143, 2145, 2153, al. 1 ; loi du 23 mars 1855, art. 8.

ART. 2252. — Cet article suspend la prescription au profit des mineurs et des interdits. Il y aurait lieu de n'admettre la suspension qu'en ce qui concerne les créances des incapables contre leurs représentants légaux (v. *supra*, p. 234, 235).

B. — *Code de Procédure civile.*

II^e Partie, Livre I, Titre X, *Des avis de parents* : serait à supprimer intégralement, les dispositions les plus intéressantes ayant été incorporées au Code civil.

ART. 892. — La « section IV » est devenue la « section I » dans notre projet de réforme.

ART. 895. — Les mots « et d'un subrogé tuteur » seraient à supprimer ; « *Des avis de parents* » serait remplacé par : « *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, au Code civil ».

II^e Partie, Livre II, Titre VI, *De la vente des biens immobiliers appartenant à des mineurs*, et Titre VII, *Des partages et licitations*, contiennent plusieurs articles qui seraient à modifier ou à supprimer (v. *supra*, p. 213-222) ; ils ne concernent cependant pas directement la tutelle.

C. — *Lois diverses.*

Loi du 30 juin 1838 *sur les aliénés* : nous la citons pour mémoire, bien qu'elle ne concerne pas directement la tutelle.

Loi du 24 juillet 1889 *sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés* (art. 10, al. 1 *in fine*) apporte une exception au principe selon lequel la charge de tuteur est obligatoire, exception que nous ne trouvons pas justifiée (v. *supra*, p. 68, 69).

Loi du 27 juin 1904 *sur le service des enfants assistés* (art. 12, al. 1) emploie le terme de « Conseil de famille » pour désigner un organe qui serait plus justement appelé « Conseil de tutelle » (v. *supra*, p. 96, 97).

TITRE DIXIEME

DE LA MINORITE, DE LA TUTELLE ET DE L'EMANCIPATION

Texte actuel

CHAPITRE I

De la minorité

Art. 388. —

CHAPITRE II

De la tutelle

SECTION I

De la tutelle des père et mère

Art. 389 (loi du 6 avril 1910).
— Le père est, du vivant des époux, administrateur légal du bien de leurs enfants mineurs non émancipés, à l'exception de ce qui leur aurait été donné ou légué sous la condition expresse d'être administré par un tiers.

Lorsque le père est déchu de l'administration, la mère devient de droit administratrice en ses lieu et place avec les mêmes pouvoirs que lui, sans avoir besoin de son autorisation maritale.

En cas de divorce ou de séparation de corps, l'administration appartient à celui des deux époux auquel est confiée la garde de l'enfant, s'il n'en est autrement ordonné.

Texte proposé

CHAPITRE I

De la minorité

Art. 388. — (Sans changement.)

Art. 389. — Le père, ou, à son défaut, la mère, est administrateur légal des biens de ses enfants légitimes mineurs non émancipés, à l'exception de ce qui leur aurait été donné ou légué sous la condition expresse d'être administré par un tiers.

Supprimé (v. alinéa précédent).

Art. 390. — En cas de divorce ou de séparation de corps, l'administration appartient à celui des deux époux auquel est confiée la garde de l'enfant, s'il n'en est autrement ordonné. *(Sans changement.)*

Texte actuel

S'il y a opposition d'intérêts entre l'administrateur et le mineur, il est nommé à ce dernier un administrateur *ad hoc* par le tribunal statuant sur requête en chambre du conseil, le ministère public entendu. Il est procédé de même si le père et la mère, tous deux vivants, sont déchus de l'administration légale, sauf application des dispositions de la loi du 24 juillet 1889 au cas où les deux époux seraient déchus de la puissance paternelle.

L'administrateur légal doit administrer en bon père de famille et est responsable de son administration dans les termes de droit commun.

(V. art. 451.)

Il accomplit seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le Conseil de famille et, avec l'autorisation du tribunal, statuant comme il vient d'être dit, les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autorisation.

Texte proposé

Art. 391. — S'il y a opposition d'intérêts entre l'administrateur et le mineur, il est nommé à ce dernier un administrateur *ad hoc* par le juge de paix. (*Le reste, supprimé.*)

Art. 392. — L'administrateur légal doit administrer en bon père de famille et est responsable de son administration dans les termes de droit commun. (*Sans changement.*)

Art. 393. — Lors du décès du père ou de la mère, le survivant dressera inventaire des biens soumis à son administration et le remettra au juge de paix. Ce dernier pourra, s'il le juge nécessaire, exiger que l'inventaire soit fait dans la forme notariée. L'inventaire sera déposé au greffe de la justice de paix.

Si le survivant néglige de faire inventaire, ou ne remet qu'un inventaire insuffisant, il pourra se voir infliger une amende qui n'excédera pas cinquante francs et qui sera prononcée sans appel par le juge de paix.

Art. 394. — L'administrateur légal ne pourra sans l'autorisation du juge de paix :

1° emprunter pour le mineur ;
2° aliéner ou hypothéquer ses biens immobiliers ;

3° accepter ou répudier une succession échue ou une donation faite au mineur ;

4° introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ou acquiescer à une demande relative aux mêmes droits ;

Texte actuel

Il est tenu toutefois de faire, en bon administrateur, emploi des capitaux appartenant à l'enfant lorsqu'ils s'élèvent à plus de 7.500 francs et de convertir en titres nominatifs les titres au porteur des valeurs mobilières lui appartenant, à moins que, par leur nature ou en raison de conventions, les titres ne soient pas susceptibles de cette conversion, sans que les tiers aient à surveiller cet emploi ou cette conversion.

Sont applicables à l'administration légale avec les modalités résultant de ce qu'elle ne comporte ni Conseil de famille, ni tutelle et subrogée tutelle, les articles 457, 458, 460, 461 *in fine*, 462, 466, 467 dernier alinéa du Code civil, 953 et suivants,

Texte proposé

5° procéder à l'amiable à un partage dans lequel est intéressé un mineur ;

6° transiger au nom du mineur ;

7° continuer l'exploitation d'un commerce ou d'une industrie au nom du mineur.

Art. 395. — Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident.

Le juge de paix pourra, à cet effet, prendre l'avis du conseiller de tutelle ou de toute autre personne compétente.

Art. 396. — Il est tenu toutefois de faire, en bon administrateur, emploi des capitaux appartenant à l'enfant lorsqu'ils s'élèvent à plus de 7.500 francs, emploi qui devra être fait en placements sûrs.

Art. 397. — L'emploi ayant été effectué, la responsabilité des tiers sera dégagée.

Art. 398. — Leur responsabilité sera également dégagée au cas où l'administrateur aura été autorisé par le juge de paix à recevoir le paiement d'un capital.

Art. 399. — L'administrateur est tenu de convertir en titres nominatifs les titres au porteur des valeurs mobilières lui appartenant, sinon de les déposer dans un établissement recevant des dépôts de titres et fonctionnant avec la garantie de l'Etat, du département ou de la commune.

Art. 400. — Sont applicables à l'administration légale avec les modalités résultant de ce qu'elle ne comporte ni Conseil de famille, ni tutelle, les articles 459, 460, 462 du Code civil, 3, 10 et 11 de la loi du 27 février 1880.

Texte actuel

livre II, titre VI, du Code de procédure civile, 2, 3, 10 et 11 de la loi du 27 février 1880.

L'administration légale cesse de droit d'appartenir à toute personne interdite, pourvue d'un conseil judiciaire, en état d'absence ou déchue de la puissance paternelle ; elle peut être retirée comme il est dit au paragraphe 4, à la requête de celui des père et mère qui n'en est pas investi, d'un parent ou allié de l'enfant, ou du ministère public.

L'administrateur est comptable quant à la propriété et aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance et quant à la propriété seulement de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.

Les articles 469, 471, 472, 473, 474 et 475 du Code civil sont applicables au compte qu'il a à rendre.

Les quatre derniers alinéas de l'article 389 (Loi du 2 juillet 1907) concernant la tutelle des enfants naturels.

Texte proposé

Art. 401. — L'administration légale cesse de droit d'appartenir à toute personne interdite, pourvue d'un conseil judiciaire, en état d'absence ou déchue de la puissance paternelle ; elle peut être retirée, si le patrimoine de l'enfant est mis en péril, à la requête de celui des père et mère qui n'en est pas investi, d'un parent ou allié de l'enfant, ou du ministère public.

Art. 402. — Dans ce dernier cas, le tribunal pourra décider également que la gestion ne sera retirée que partiellement à l'administrateur ; il pourra lui imposer l'obligation de faire inventaire et de rendre compte, et ordonnera toutes mesures utiles à la conservation du patrimoine du mineur. Il pourra enfin, même sans retirer la gestion à l'administrateur, organiser la tutelle ; l'administrateur prendra alors le nom de tuteur et toutes les règles de la tutelle lui seront applicables.

Art. 403. — L'administrateur est comptable quant à la propriété et aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance et quant à la propriété seulement de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit. (*Sans changement.*)

Supprimé.

V. art. 475.

<i>Texte actuel</i>	<i>Texte proposé</i>
<i>Art. 390. —</i> <i>Art. 391. —</i> <i>Art. 392. —</i> <i>Art. 393. —</i> <i>Art. 394. —</i> <i>Art. 395. —</i> <i>Art. 396. —</i>	<i>Supprimés.</i>
SECTION II De la tutelle déferée par le père ou la mère <i>Art. 397. —</i> <i>Art. 398. —</i> <i>Art. 399. —</i> <i>Art. 400. —</i> <i>Art. 401. —</i>	<i>Supprimés (v. art. 419).</i>
SECTION III De la tutelle des ascendants <i>Art. 402. —</i> <i>Art. 403. —</i> <i>Art. 404. —</i>	<i>Supprimés (v. art. 418).</i>
SECTION IV De la tutelle déferée par le Conseil de famille	CHAPITRE II De la tutelle SECTION I De l'organisation de la tutelle <i>Art. 404. —</i> La tutelle des mineurs enfants légitimes s'ouvre au moment où ils cessent d'être soumis à la puissance paternelle, sauf les dispositions de l'article 399. <i>Art. 405. —</i> La tutelle étant ouverte, il est pourvu, par le Conseil de famille, à la nomination d'un tuteur ou d'une tutrice. Ce Conseil sera permanent pour toute la durée de la tutelle. <i>Supprimé.</i>
<i>Art. 405</i> (Loi du 20 mars 1917). — Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni mère, ni ascendants, comme aussi lorsque le tuteur ou la tutrice se trouvera dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, il sera pourvu, par le Conseil de famille, à la nomination d'un tuteur ou d'une tutrice. La femme mariée devra obtenir l'autorisation de son mari. Celui-ci sera nécessairement co-tuteur.	

Texte actuel

Art. 406. — Ce Conseil sera convoqué soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur.

Art. 407 (Loi du 20 mars 1917). — Le Conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés de l'un ou de l'autre sexe, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne.

Le mari et la femme ne pourront faire partie ensemble du même Conseil de famille. La préférence sera donnée à celui des deux dont le degré de parenté est le plus rapproché. A égalité de degré, le plus âgé sera préféré.

Texte proposé

Art. 406. — Dès qu'il aura connaissance d'un cas donnant lieu à l'ouverture de la tutelle, le juge de paix du domicile du mineur, après s'être renseigné auprès du conseiller de tutelle ou de toute autre personne, sur la situation de famille du mineur, convoquera les membres devant faire partie du Conseil de famille.

Toute personne, tout officier de l'état civil, tout conseiller de tutelle, tout magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire, est tenu de faire connaître au juge de paix du domicile du mineur qu'il y a lieu à tutelle.

Si, pour motifs graves, il devient nécessaire de transférer le siège du Conseil de famille dans un autre canton, ce transfert pourra avoir lieu en vertu d'une ordonnance rendue par le président du tribunal statuant sur requête en chambre du conseil.

Art. 407. — Le Conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de trois parents ou alliés de l'un ou de l'autre sexe, ayant voix délibérative, et du tuteur. A moins que de justes motifs ne s'y opposent, les parents et alliés et le tuteur seront pris moitié dans la ligne paternelle et moitié dans la ligne maternelle, parmi les plus proches en degré.

Le mari et la femme ne pourront faire partie ensemble du même Conseil de famille.

Le mineur ayant accompli sa seizième année, a le droit d'assister, mais sans voix délibérative, au Conseil de famille ; il

Texte actuel

Art. 408 (Loi du 20 mars 1917). — Les frères ou sœurs germains du mineur sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent ; s'ils sont six ou au delà, ils seront tous membres du Conseil de famille ; qu'ils composeront seuls avec les ascendantes veuves, et les ascendants valablement excusés, s'il y en a.

S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le Conseil.

Art. 409. — Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouveront en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance désignée par l'article 407, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur.

Art. 410. — Le juge de paix pourra, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degrés ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents ; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre réglé par les précédents articles.

Art. 411. — Le délai pour comparaître sera réglé par le juge de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y ait toujours,

Texte proposé

devra être entendu avant tout acte grave intéressant sa personne ou son patrimoine.

Art. 408. — Les frères et sœurs germains du mineur sont seuls exceptés de la limitation de nombre posée en l'article précédent ; s'ils sont quatre ou au delà, ils pourront tous être membres du Conseil de famille qu'ils composeront seuls, ou avec les ascendants et ascendantes, qui pourront également en faire partie.

Supprimé.

Art. 409. — Si le mineur ne possède point de parents ou alliés aptes à faire partie du Conseil de famille, ou n'en possède qu'en nombre insuffisant, le juge de paix appellera, pour former ou compléter ce Conseil, soit des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur, soit des citoyens bénévoles, de préférence membres de bureaux de bienfaisance ou d'associations charitables.

Art. 410. — En outre, le juge de paix nommera un membre suppléant, lequel devra réunir les mêmes qualités que celles exigées des membres titulaires.

Art. 411. — Le délai pour comparaître sera réglé par le juge de paix à jour fixe, mais de manière qu'il y ait toujours en-

Texte actuel

entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du Conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées résideront dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres.

Toutes les fois que parmi les parties citées, il s'en trouvera de domiciliées au delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres.

Art. 412 (Loi du 20 mars 1917). — Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués seront tenus de se rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial. Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne.

Le mari pourra représenter sa femme, ou réciproquement. Le mandataire devra présenter une procuration écrite et sans frais.

Art. 413. — Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui sans excuse légitime, ne comparaitra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs, et sera prononcée sans appel par le juge de paix.

Art. 414. —

Art. 415. —

Art. 416. —

(*V. C. proc. civ., art. 883, 884.*)

Texte proposé

tre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du Conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées résideront dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres. (*Sans changement.*)

Toutes les fois que parmi les parties citées, il s'en trouvera de domiciliées au delà de cette distance, le délai sera augmenté d'un jour par trois myriamètres. (*Sans changement.*)

Le juge de paix pourra convoquer par lettre recommandée.

Art. 412. — L'assistance aux réunions du Conseil de famille doit être effective. Des mandataires n'y seront pas admis.

Art. 413. — Toute personne convoquée qui, sans excuse légitime, ne comparaitra point, encourra une amende qui ne pourra excéder cinquante francs, et sera prononcée sans appel par le juge de paix.

Art. 414. — (*Sans changement.*)

Art. 415. — (*Sans changement.*)

Art. 416. — (*Sans changement.*)

Art. 417. — Toute délibération du Conseil de famille peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal civil.

Il ne sera pas nécessaire d'appeler en conciliation ; la cause sera jugée sommairement.

Texte actuel

V. art. 402, 403, 404.

V. art. 397 à 401.

Art. 417. — Quand le mineur domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur.

En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre, pour leur gestion respective.

Art. 418. — Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a eu lieu en sa présence ; sinon, du jour qu'elle lui aura été notifiée.

(V. C. proc. civ., art. 882.)

Art. 419. —

Texte proposé

Art. 418. — Le Conseil de famille nommera, de préférence, tuteur du mineur, à moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'un de ses proches parents ou alliés apte à remplir ces fonctions.

Art. 419. — Il nommera tuteur, à moins que de justes motifs ne s'y opposent, la personne désignée, par le père ou la mère du mineur, de l'une des manières suivantes :

1° Par acte de dernière volonté ;

2° Par une déclaration faite ou devant le juge de paix, assisté de son greffier, ou devant notaire.

Art. 420. — Le Conseil de famille pourra, s'il y a avantage pour le mineur, conférer la tutelle à plusieurs tuteurs.

En ce cas, il déterminera les attributions de chacun d'eux et désignera celui chez lequel le mineur sera domicilié.

Art. 421. — Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a eu lieu en sa présence ; sinon, du jour qu'elle lui aura été notifiée.

Cette notification sera faite, à la diligence de l'un des membres du Conseil de famille, dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du tuteur.

Art. 422. — (Sans autre changement que celui de numérotation.)

Texte actuel

SECTION V

Du subrogé tuteur

Art. 420. —

Art. 421. —

Art. 422. —

Art. 423. —

Art. 424. —

Art. 425. —

Art. 426. —

Texte proposé

Supprimés.

SECTION II

Du conseiller de tutelle

Art. 423. — Dans chaque commune, il y aura au moins un conseiller de tutelle, nommé par le Conseil municipal.

Il aura pour mission d'informer le juge de paix, dans les cas où ce dernier est appelé à intervenir, notamment lors du décès des père et mère du mineur, et de proposer les personnes aptes à remplir les fonctions de tuteur ou de membre d'un Conseil de famille.

Il signalera aux autorités compétentes les abus ou négligences graves commis par les représentants légaux des mineurs dans la direction de la personne ou dans la gestion du patrimoine desdits mineurs.

Il sera à la disposition du juge de paix ou du Conseil de famille pour le renseigner, dans la mesure de ses moyens, sur les affaires de mineurs intéressant sa circonscription.

SECTION III

Du registre de tutelle

Art. 424. — Il sera tenu, au greffe de chaque justice de paix, un registre, dans lequel seront inscrites toutes les tutelles constituées dans le ressort.

Ces inscriptions seront faites sans frais par le greffier.

Le registre sera soumis à une vérification annuelle de la part du président du tribunal civil.

Texte actuel

Texte proposé

Art. 425. — Le registre contiendra, pour chaque tutelle :

1° Le nom, le prénom, les date et lieu de naissance du mineur ;

2° Le nom, le prénom, la profession et le domicile du tuteur ;

3° La date d'ouverture de la tutelle et la date à laquelle le tuteur a été nommé ;

4° La mention, à renouveler après chaque reddition de compte, que le compte annuel a été rendu par le tuteur.

Art. 426. — Pour chaque tutelle, un numéro d'ordre renverra à un dossier de tutelle, lequel contiendra l'inventaire, les délibérations du Conseil de famille et les comptes du tuteur.

SECTION VI

Des causes qui dispensent de la tutelle

Art. 427. —

Art. 428 (Loi du 20 mars 1917). — Sont également dispensés de la tutelle, les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent, hors du territoire de la République, une mission du Président de la République.

Les femmes qui ne veulent l'accepter.

Art. 429. —

Art. 430. —

Art. 431. —

Art. 432. —

SECTION IV

Des causes qui dispensent de la tutelle

Art. 427. — (*Sans changement.*)

Art. 428. — Sont également dispensés de la tutelle, les militaires en activité de service, et tous autres citoyens qui remplissent, hors du territoire de la République, une mission du Président de la République. (*Sans changement.*)

La tutelle ne peut être imposée aux femmes mariées, si leur mari s'y oppose.

Art. 429. — (*Sans changement.*)

Art. 430. — (*Sans changement.*)

Art. 431. — (*Remplacer, dans le premier alinéa, les mots « un Conseil de famille » par « le Conseil de famille » ; le reste, sans changement.*)

Art. 432. — (*Sans changement.*)

Texte actuel

Art. 433. — Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra, à soixante-dix ans, se faire décharger de la tutelle.

Art. 434. —

Art. 435. — Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième.

Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants.

Art. 436. — Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants.

Les enfants morts en activité de service dans les armées du Roi [de la République] seront toujours comptés pour opérer cette dispense.

Les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants.

Art. 437. —

Art. 438. — Si le tuteur est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur-le-champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le Conseil de famille délibérera.

Texte proposé

Art. 433. — Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra se faire décharger de la tutelle s'il se trouve dans le cas de l'article 435, al. 3.

Art. 434. — (*Sans changement.*)

Art. 435. — Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une juste dispense d'en accepter une troisième. (*Sans changement.*)

Celui qui, époux ou père, sera déjà chargé d'une tutelle, ne pourra être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants naturels.

Toute personne autre que les père et mère naturels pourra se faire décharger de la tutelle après cinq années d'exercice.

Art. 436. — Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle.

Les enfants morts en activité de service dans les armées de la République seront toujours comptés pour opérer cette dispense.

Les autres enfants morts ne seront comptés qu'autant qu'ils auront eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants. (*Sans changement.*)

Art. 437. — (*Sans changement.*)

Art. 438. — Si le tuteur est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il devra sur-le-champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le Conseil de famille délibérera. (*Sans changement.*)

Texte actuel

Art. 439. —

Art. 440. —

Art. 441. —

SECTION VII

De l'incapacité, des exclusions
et destitutions de la tutelle

Art. 442. —

Art. 443. —

Art. 444. —

Art. 445. —

Art. 446. — Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le Conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix.

Art. 447. —

Art. 448. — Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions.

S'il y a réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononcera sauf l'appel.

Texte proposé

Le Conseil de famille peut, en tout temps, et en dehors des causes d'excuse légales, dispenser le tuteur de sa charge, pourvu que cette mesure soit, par le Conseil, jugée nécessaire à l'intérêt du mineur.

Art. 439. — (Sans changement.)

Art. 440. — (Sans changement.)

Art. 441. — (Sans changement.)

SECTION V

De l'incapacité, des exclusions
et destitutions de la tutelle

Art. 442. — (Sans changement.)

Art. 443. — (Sans changement.)

Art. 444. — (Sans changement.)

Art. 445. — (Sans changement.)

Art. 446. — Toutes les fois qu'il y aura lieu à une destitution de tuteur, elle sera prononcée par le Conseil de famille, convoqué à la diligence de l'un ou de plusieurs de ses membres, ou d'office par le juge de paix.

Art. 447. — (Sans changement.)

Art. 448. — Si le tuteur adhère à la délibération, il en sera fait mention, et le nouveau tuteur entrera aussitôt en fonctions. (Sans changement.)

Dans le cas contraire, le nouveau tuteur n'entrera en fonctions que lorsque, dans les délais fixés par l'article 439, al. 2, aucun recours n'a été intenté ou que, le recours ayant été intenté, celui-ci a été rejeté.

Texte actuel

Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle.

Art. 449. —

SECTION VIII

De l'administration du tuteur

Art. 450. — Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils.

Il administrera ses biens en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le Conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

Art. 451. — Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur requerra la levée des scellés, s'ils ont été apposés, et fera procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur.

S'il lui est dû quelque chose par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal.

Texte proposé

Supprimé (v. art. 417).

Art. 449. — (*Sans changement.*)

SECTION VI

De l'administration du tuteur

Art. 450. — Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils. (*Sans changement.*)

S'il y a opposition d'intérêts entre le tuteur et le mineur, il est nommé à ce dernier un tuteur *ad hoc* par le Conseil de famille.

Le tuteur administrera les biens du mineur en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion.

Il ne peut ni acheter les biens du mineur, ni les prendre à ferme, à moins que le Conseil de famille n'ait autorisé un tuteur *ad hoc* à lui en passer bail, ni accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille.

Art. 451. — Dans le délai fixé par le Conseil de famille, le tuteur requerra la levée de scellés, s'ils ont été apposés, et fera immédiatement inventaire des biens du mineur. Le Conseil de famille pourra déléguer un de ses membres pour assister le tuteur dans ces opérations, ou exiger que l'inventaire soit fait dans la forme notariée.

Si le tuteur néglige de faire inventaire ou ne remet qu'un inventaire insuffisant, il pourra se voir infliger une amende qui n'excédera pas cinquante francs et qui sera prononcée sans appel par le juge de paix.

Texte actuel

Art. 452. —

(V. art. 2121, al. 3.)

Art. 453. —

Art. 454. —

Art. 455. — Ce Conseil fixera positivement la somme à laquelle le commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense: cet emploi devra être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi.

Art. 456. —

Art. 457. — Le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ses biens immeubles, sans y être autorisé par un Conseil de famille.

Texte proposé

Supprimé.

Art. 452. — Le Conseil de famille peut, en tous temps, imposer au tuteur l'obligation de fournir des sûretés, dont il fixe à son gré la nature et l'étendue ; mais, dans ce cas, le tuteur peut demander à être déchargé de ses fonctions.

Supprimé.

Art. 453. — La rétribution du tuteur sera fixée par le Conseil de famille.

Art. 454. — (Sans changement.)

Art. 455. — Ce Conseil fixera positivement la somme à laquelle le commencera, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédent des revenus sur la dépense, qu'il s'agisse d'économies ou de capitaux proprement dits : cet emploi devra être fait dans le délai de trois mois, passé lequel le tuteur devra les intérêts à défaut d'emploi.

Cet emploi pourra avoir lieu de l'une des façons suivantes :

a) en obligations, bons ou billets souscrits ou garantis par l'Etat français, les départements ou les communes, ou en valeurs admises en remploi, aux lieu et place d'immeubles, en matière de régimes matrimoniaux ;

b) en dépôts dans les caisses d'épargne ou dans tout autre établissement fonctionnant avec la garantie de l'Etat, du département ou de la commune.

Art. 456. — (Sans changement.)

Art. 457. — Le tuteur ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou échanger ses biens immobiliers, sans y être autorisé par le Conseil de famille.

Texte actuel

Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident.

Dans le premier cas, le Conseil de famille n'accordera son autorisation qu'après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants.

Le Conseil de famille indiquera, dans tous les cas, les immeubles qui devront être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il jugera utiles.

Art. 458. —

Art. 459. — La vente se fera publiquement, en présence du subrogé tuteur, aux enchères qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance ou par un notaire à ce commis, et à la suite de trois affiches apposées, par trois dimanches consécutifs, aux lieux accoutumés dans le canton.

Chacune de ces affiches sera visée et certifiée par le maire des communes où elles auront été apposées.

Art. 460. — Les formalités exigées par les articles 457 et 458 pour l'aliénation des biens du mineur ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis.

Texte proposé

Cette autorisation ne devra être accordée que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident. (*Sans changement.*)

Supprimé.

Le Conseil de famille indiquera toutes les conditions qu'il jugera utiles.

(Supprimé.)

Art. 458. — Le tuteur pourra, avec l'autorisation du Conseil de famille, continuer, au nom du mineur, une exploitation commerciale ou industrielle appartenant à ce dernier.

Art. 459. — Toute vente, tout échange aura lieu devant notaire. L'aliénation pourra être faite aux enchères publiques ou de gré à gré. Dans le premier cas, le Conseil de famille ordonnera toutes mesures utiles concernant la publicité. Dans le second, l'autorisation du Conseil de famille pourra être donnée soit avant, soit après la passation de l'acte de vente.

Supprimé.

Art. 460. — Les formalités exigées par l'article 457 pour l'aliénation des biens du mineur ne s'appliquent point au cas où un jugement aurait ordonné la licitation sur la provocation d'un copropriétaire par indivis.

Texte actuel

Seulement, et en ce cas, la licitation ne pourra se faire que dans la forme prescrite par l'article précédent : les étrangers y seront nécessairement admis.

Art. 461. — Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du Conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire.

Art. 462. —

Art. 463. —

Art. 464. —

Art. 465. —

Art. 466. — Pour obtenir à l'égard du mineur tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage devra être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession.

Les experts, après avoir prêté devant le président du même tribunal, ou autre juge par lui délégué, le serment de bien et fidèlement remplir leur mission, procéderont à la division des héritages et à la formation des lots, qui seront tirés au sort, et en présence soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fera la délivrance des lots.

Tout autre partage ne sera considéré que comme provisionnel.

Art. 467. — Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le Conseil de famille, et de l'avis

Texte proposé

En ce cas, les étrangers seront nécessairement admis à la licitation.

Art. 461. — Le tuteur ne pourra accepter ni répudier une succession échue au mineur, sans une autorisation préalable du Conseil de famille. L'acceptation aura lieu sous bénéfice d'inventaire, à moins que la succession soit notoirement solvable.

Art. 462. — (*Sans changement.*)

Art. 463. — (*Sans changement.*)

Art. 464. — (*Sans changement.*)

Art. 465. — (*Sans changement.*)

Art. 466. — Il peut être procédé à l'amiable, devant un notaire, au partage des biens, intéressant des mineurs.

Dans ce cas, l'autorisation du Conseil de famille sera nécessaire.

Si l'un ou plusieurs des membres du Conseil a dans le partage des intérêts opposés à ceux du mineur, l'autorisation de ce Conseil sera précédée de l'avis conforme d'un expert nommé par le président du tribunal.

De toute façon, le Conseil de famille déterminera les lots et indiquera les conditions essentielles.

Art. 467. — Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur, qu'après y avoir été autorisé par le Conseil de famille qui indi-

Texte actuel

de trois jurisconsultes désignés par le procureur du Roi [le procureur de la République] près le tribunal de première instance.

La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi [le procureur de la République].

Art. 468. —

SECTION IX

Des comptes de la tutelle

Art. 469. —

Art. 470. — Tout tuteur autre que le père et la mère peut être tenu, même durant la tutelle, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le Conseil de famille aurait jugé à propos de fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un chaque année.

Ces états de situation seront rédigés et remis, sans frais, sur papier non timbré, et sans aucune formalité de justice.

Art. 471. — Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation. Le tuteur en avancera les frais.

On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile.

Art. 472. —

Texte proposé

quera les conditions essentielles de la transaction.

Les dispositions de l'article précédent, al. 3, sont applicables à la transaction.

Art. 468. — (Remplacer les mots « à un Conseil de famille » par : « devant le Conseil de famille » ; le reste, sans changement.)

SECTION VII

Des comptes de la tutelle

Art. 469. — (Sans changement.)

Art. 470. — Tout tuteur autre que les père et mère naturels doit rendre au Conseil de famille un compte annuel de sa gestion.

S'il néglige de rendre compte ou ne remet qu'un compte insuffisant, il pourra se voir infliger une amende qui n'excédera pas cinquante francs et qui sera prononcée sans appel par le juge de paix.

Les comptes annuels seront rédigés et remis, sans frais, sur papier non timbré, et sans aucune formalité de justice. Ils seront déposés au greffe de la justice de paix.

Art. 471. — Le compte définitif de tutelle sera, après avoir été discuté et apuré par le Conseil de famille, rendu au mineur, à ses frais, lorsqu'il aura atteint sa majorité ou obtenu son émancipation. Le tuteur en avancera les frais.

On y allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées, et dont l'objet sera utile.

(Supprimé.)

Texte actuel

Art. 473. —

Art. 474. —

Art. 475. — Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité.

(Art. 389, loi du 2 juillet 1907). — Celui des parents naturels qui exercera la puissance paternelle n'administrera toutefois les biens de son enfant mineur qu'en qualité de tuteur légal et sous le contrôle d'un subrogé tuteur qu'il devra faire nommer dans les trois mois de son entrée en fonctions ou qui sera nommé d'office, conformément aux dispositions du paragraphe suivant ; il n'aura droit à la jouissance légale qu'à partir de la nomination du subrogé tuteur, si elle n'a pas eu lieu dans le délai ci-dessus fixé.

Les fonctions dévolues au Conseil de famille des enfants légitimes sont remplies à l'égard des enfants naturels par le tribunal de première instance du lieu du domicile légal du parent investi de la tutelle au moment où il a reconnu son enfant, et du tribunal du lieu de la résidence de l'enfant, s'il n'est pas reconnu ; le tribunal statue en chambre du conseil, après avoir entendu ou appelé le père et la mère de l'enfant, s'il a été reconnu, soit à la requête de l'un

Texte proposé

Art. 472. — (Sans autre changement que celui de numérotation.)

Art. 473. — (Sans autre changement que celui de numérotation.)

Art. 474. — Les actions qui appartiennent réciproquement au tuteur et au mineur, relativement aux faits de tutelle, se prescrivent par cinq ans à compter de la reddition de compte, sinon, par dix ans, à compter de la majorité.

SECTION VIII

De la tutelle
des enfants naturels

Art. 475. — Celui des parents naturels qui exercera la puissance paternelle n'administrera les biens de son enfant mineur qu'en qualité de tuteur légal et sous le contrôle d'un Conseil de tutelle, lequel sera composé, outre le juge de paix, de trois citoyens, élus pour quatre ans par le Conseil d'arrondissement et ayant voix délibérative. Le tuteur fera également partie du Conseil.

Il y aura, en outre, un membre suppléant, élu également par le Conseil d'arrondissement.

Les fonctions dévolues au Conseil de famille des enfants légitimes sont remplies à l'égard des enfants naturels par ledit Conseil de tutelle, lequel sera constitué auprès du juge de paix du lieu du domicile légal du parent investi de la tutelle au moment où il a reconnu son enfant, et auprès du juge de paix du lieu de la résidence de l'enfant, s'il n'est pas reconnu.

Texte actuel

d'eux, soit à la requête du ministère public, soit d'office, sur toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de la tutelle desdits mineurs.

Sous ces réserves et à l'exception des articles 394 et 402 à 416, toutes les dispositions du présent titre sont applicables à la tutelle des enfants naturels mineurs.

Sont applicables aux actes et jugements nécessaires pour l'organisation et la surveillance de la tutelle des enfants naturels, les dispositions et dispenses de droits déterminées, en ce qui concerne la tutelle des enfants légitimes et interdits, par l'article 12, paragraphe 2, de la loi de finances du 26 janvier 1892.

CHAPITRE III

De l'émancipation

Art. 476. —

Art. 477. —

Art. 478. —

Art. 479. —

Art. 480 (Loi du 20 mars 1917). — Le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé assisté d'un curateur de l'un ou de l'autre sexe nommé par le Conseil de famille.

Si la curatrice est mariée, elle devra obtenir l'autorisation de son mari.

Art. 481. —

Art. 482. — Il ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son

Texte proposé

Sous ces réserves et à l'exception des articles 405, 408, 409, 410, 418, 419 et 421, toutes les dispositions du présent titre sont applicables à la tutelle des enfants naturels mineurs.

Sont applicables aux actes et jugements nécessaires pour l'organisation et la surveillance de la tutelle des enfants naturels, les dispositions et dispenses de droits déterminées, en ce qui concerne la tutelle des enfants légitimes et interdits, par l'article 12, paragraphe 2, de la loi de finances du 26 janvier 1892. (*Sans changement.*)

CHAPITRE III

De l'émancipation

Art. 476. — (*Sans changement.*)

Art. 477. — (*Sans changement.*)

Art. 478. — (*Sans changement.*)

Art. 479. — (*Sans changement.*)

Art. 480. — Les dispositions de l'article 471 sont applicables au compte de tutelle à rendre au mineur émancipé.

Art. 481. — (*Sans changement.*)

Art. 482. — Il ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance d'un

Texte actuel

curateur, qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu.

Art. 483. — Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du Conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du Roi [le procureur de la République].

Art. 484. —

Art. 485. —

Art. 486. —

Art. 487. —

Texte proposé

curateur, lequel, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu.

La nomination du curateur aura été faite par le Conseil de famille, si, avant son émancipation, le mineur était en tutelle ; sinon, par le juge de paix.

Art. 483 — Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunts sous aucun prétexte, sans y être autorisé par une délibération du Conseil de famille ; dans les cas où ce Conseil ne serait pas ou ne devrait pas être constitué, l'autorisation pourra être donnée par le juge de paix.

Art. 484. — (*Sans changement.*)

Art. 485. — (*Sans changement.*)

Art. 486. — (*Sans changement.*)

Art. 487. — (*Sans changement.*)



TITRE ONZIEME

DE LA MAJORITE, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE

Texte actuel

CHAPITRE I

De la majorité

Art. 488. —

CHAPITRE II

De l'interdiction

Art. 489-493. —

Art. 494. —

Art. 495-504. —

Art. 505. —

Art. 506. — Le mari est, de droit, le tuteur de sa femme interdite.

Art. 507. —

Art. 508. —

Art. 509, 510. —

Texte proposé

CHAPITRE I

De la majorité

Art. 488. — (Sans changement.)

CHAPITRE II

De l'interdiction

Art. 489-493. — (Sans changement.)

Art. 494. — (Remplacer : « Section 4 » par : « Section I » ; le reste, sans changement.)

Art. 495-504. — (Sans changement.)

Art. 505. — (Supprimer les mots : « et d'un subrogé tuteur » ; le reste, sans changement.)

Art. 506. — A moins que de justes motifs ne s'y opposent, le Conseil de famille nommera tuteur de l'interdit le conjoint de ce dernier.

Art. 507. — (Supprimé.)

Art. 508. — (Remplacer les mots : « dix ans » par : « cinq ans » ; le reste, sans changement.)

Art. 509, 510. — (Sans changement.)

Texte actuel

Art. 511. —

Art. 512. —

CHAPITRE III

Art. 513, 514, 515. —

Texte proposé

Art. 511. — (Sans changement jusqu'à « Conseil de famille » ; le reste, supprimé.)

Art. 512. — (Sans changement.)

CHAPITRE III

Art. 513, 514, 515. — (Sans changement.)

LOI DU 27 FEVRIER 1880

relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur.

Texte actuel

Art. 1^{er}. —

Art. 2. —

Art. 3. —

Art. 4. —

Art. 5. — Le tuteur devra, dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit, et dont le Conseil de famille n'aurait pas jugé l'aliénation nécessaire ou utile.

Le Conseil de famille pourra fixer, pour la conversion, un terme plus long.

Lorsque, soit par leur nature, soit à raison de conventions, les valeurs au porteur ne seront pas susceptibles d'être converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les trois mois, obtenir du Conseil de famille l'autorisation, soit de les aliéner avec emploi, soit de les conserver ; dans ce dernier cas, comme dans celui prévu par le paragraphe précédent, le Conseil pourra prescrire le dépôt des titres au porteur, au nom du mineur ou de l'interdit, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée.

Texte proposé

Art. 1^{er}. — (Sans changement.)

Art. 2. — (Supprimé.)

Art. 3. — (Sans changement.)

Art. 4. — (Sans changement.)

Art. 5. — Le tuteur devra, dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, convertir en titres nominatifs les titres au porteur appartenant au mineur ou à l'interdit, ou les déposer de la manière indiquée en l'article 399 *in fine* du Code civil.

Le Conseil de famille pourra, pour la conversion ou le dépôt, abréger ou prolonger le délai.
(Supprimé.)

Texte actuel

Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes.

Art. 6. — Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui leur adviendraient par succession ou autrement, et ce, dans le délai de trois mois, à moins que le Conseil ne fixe un délai plus long, auquel cas il pourra en ordonner le dépôt, comme il est dit en l'article précédent.

Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'article 455 du Code civil seront applicables à cet emploi.

Les tiers ne seront, en aucun cas, garants de l'emploi.

Art. 7. — Le subrogé tuteur devra surveiller l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents. Il devra, si le tuteur ne s'y conforme pas, provoquer la réunion du Conseil de famille devant lequel le tuteur sera appelé à rendre compte de ses actes.

Art. 8-12. —

Texte proposé

Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la réserve des droits des tiers et des conventions préexistantes.

Art. 6. — Le tuteur devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, dans le délai et de la manière prévus par l'article 455 du Code civil.

Le Conseil de famille pourra abrégé ou prolonger le délai prévu audit article, et autoriser un autre mode d'emploi.

L'emploi ayant été fait dans ces conditions, la responsabilité des tiers sera dégagée. Elle le sera également au cas où le tuteur aura été autorisé par le Conseil de famille à recevoir le paiement d'un capital.

Art. 7. — Le Conseil de famille surveillera l'accomplissement des formalités prescrites par les articles précédents, et prendra, le cas échéant, toutes mesures utiles à la conservation du patrimoine du mineur.

Art. 8-12. — (Sans changement.)

VU :

Nancy, le 5 mai 1933.

Le Président de la thèse :

PIERRE VOIRIN.

VU :

Nancy, le 7 mai 1933.

Le Doyen de la Faculté :

F. SENN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Nancy, le 8 mai 1933.

Le Recteur de l'Académie :

BRUNTZ,

Président du Conseil de l'Université.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 2^e édition.
- ARGOU, *Institution au droit français*.
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édition.
- BACH (L.), *Le droit et les institutions de la Russie soviétique*, Paris, 1923.
- BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil français*, 3^e édition (en collaboration avec CHÉNEAUX, BONNECARRÈRE et autres).
- BÉNÉTON, *Le recours contre les délibérations du Conseil de famille*, thèse, Paris 1930.
- BERTRAND (E.), *Loi sur les aliénés*, Paris 1872.
- BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, publié par son fils R. BEUDANT, Paris, 1897.
- BRISSAUD, *Histoire du droit français*, 1898.
- CASTIAU (G.), *La publicité et la spécialité des hypothèques dans leurs rapports avec la protection des incapables*, thèse, Paris 1908.
- CHALLAMEL, *Loi du 27 juin 1917 et décrets réglementaires sur les pupilles de la Nation*, Paris 1919.
- CHAMPCOMMUNAL (J.), *Une expérience communiste : le droit des personnes d'après le Code de famille soviétique*, dans *Bull. législ. comp.*, 1926, p. 290 et s., 386 et s., *Bull.*, 1927, p. 254 et s.
- CHAVEGRIN (P.), *De la protection de la fortune mobilière des mineurs en droit comparé*, thèse, Paris 1907.
- CHÉNON, *Histoire générale du droit français*, 1926.
- CODICE CIVILE, *Primo libro, Progetto e relazione* (Commissione reale per la riforma dei codici), Rome 1931.
- COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 7^e édit.
- COLIN (André), *La famille dans la législation italienne*, thèse, Paris 1931.
- COLLART (J.), *Contribution à la réforme de la loi de 1838*, thèse médecine, Paris 1914.
- COSENTINI (F.), *La riforma della legislazione civile*, Modena, 1911.
- COSENTINI (F.), *Le droit de famille ; essai de réforme*, Paris 1929.
- DARTIGALONGUE (H.), *La tutelle des mineurs en droit espagnol*, thèse, Toulouse 1930.
- DELESSERT (A.), *La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse*, Lausanne 1931.

- DEMOLOMBE, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, 3^e édition.
- DUCOS (R.), *Le partage et la vente des biens de mineurs*, thèse, Bordeaux 1928.
- FÉLIX, *Les pupilles de la Nation*, Paris 1924.
- FÈRE (V.), *Le mineur ; sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*, thèse, Paris 1923.
- FERRIÈRE, *Traité des tutelles*.
- FRÉMINVILLE (DE), *Traité de la minorité et de la tutelle*, 1846.
- FUCHS, *Vormundschaftsrecht*, Munich 1909.
- GASTAMBIDE (M.), *L'enfant devant la famille et l'Etat*, thèse, Paris 1902.
- GAUCHET (A.), *La protection et la tutelle des enfants naturels d'après la loi du 2 juillet 1907*, thèse, Paris 1909.
- GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e édition.
- GROISNE (M.), *Du rôle et des fonctions du Conseil de famille*, thèse, Paris 1901.
- HÖLDER (Ed.), *Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Munich 1900.
- HUC (Th.), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris 1892.
- HUC (Th.), *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, 2^e édition.
- JANVIER (R.), *Le Conseil de famille et la tutelle française*, thèse, Poitiers 1928.
- JENKS (Ed.) et autres, *Digeste de droit civil anglais*, Paris 1923.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, 2^e édition.
- LA GRASSERIE (R. DE), *Etude critique sur la tutelle des mineurs en droit comparé*, Paris 1912.
- LAPRAT (R.), *Le crimen suspecti tutoris*, thèse, Nancy 1926.
- LAURENT (F.), *Avant-projet de révision du Code civil*, Bruxelles 1883.
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, 3^e édition.
- LEHR (E.), *Eléments de droit civil scandinave*, Paris 1901.
- LOCRÉ, *La législation civile de la France*, Paris 1827.
- LOISEL, *Institutes coutumières*.
- MAINTIEN (LE) et la défense de la famille par le droit, Paris 1930.
- MALÉCOT et BLIN, *Précis de droit féodal et coutumier*, Paris, s. d.
- MARTIN (H.), *Des assemblées de parents dans les tutelles des mineurs*, thèse, Paris 1903.
- MÉRARD (A.), *Critique de la législation française en ce qui concerne la sauvegarde des intérêts des mineurs*, thèse, Paris 1902.
- MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, édit. off., Berlin 1888.
- NIBOYET, *Répertoire pratique de droit et de jurisprudence d'Alsace et Lorraine*, 1925.
- NURCK, *Systematische Darstellung des in Elsass-Lothringen geltenden Bürgerlichen Rechts*, Metz 1901.

- PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Berlin 1901.
- PLANIOI et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e édition.
- PLANIOI et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 1925 (en collaboration avec R. SAVATIER et autres).
- POTHIER, *Traité des personnes et des choses*.
- POULLAIN DU PARC, *Principes du droit français d'après les maximes de Bretagne*, Rennes 1767.
- PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, édit. off., Berlin 1897.
- PRUD'HOMME (A.), *Rapport de la Commission de la Tutelle*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1931, p. 167 et s.
- PUKNOT (P.), *La tutelle, la garde-noble et bourgeoise dans les coutumes de la Lorraine et du Barrois*, thèse, Nancy 1907.
- ROSSEL et MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne, s. d.
- ROUSSE (M.), *Condition juridique des enfants naturels en Espagne*, Toulouse 1929.
- SCHNEPP (F.), *La protection des incapables après l'introduction des lois civiles françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*, thèse, Strasbourg 1926.
- SÉLIGMAN, *Quelles sont, au point de vue juridique et au point de vue philosophique, les réformes dont notre procédure civile est susceptible ?* Reims, s. d.
- STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, Munich 1908.
- THOMAS (J.), *La condition de l'enfant dans le droit intermédiaire*, thèse, Nancy 1923.
- TRAVERS (M.), *Etude sur le mouvement législatif des Etats voisins de la France en matière de tutelle des mineurs pendant ces vingt dernières années*, dans *Bulletin législ. comp.*, 1913, p. 356-379.
- VALLET (R.), *L'hypothèque du pupille dans la pratique et la réforme de la tutelle*, thèse, Paris 1913.
- VOIRIN (P.), *La famille et l'héritage*, dans *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, 1930.
- VOIRIN (P.), *Notes parlementaires*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1930 à 1933.
- WEBER (F.-K.), *Die Fürsorge für eheliche Minderjährige nach deutschem und französischem Recht*, Erlangen 1916.
- Bulletin de la Société de législation comparée.* — *Bulletin de la Société d'études législatives.* — *Annuaire de législation étrangère.* — *Annuaire de droit international.* — *Revue trimestrielle de droit civil.* — *Revue critique de législation et de jurisprudence.* — *Journal des notaires et des avocats.* — *Revue du Notariat et de l'Enregistrement.* — *Reichsgesetzblatt*, etc...
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

CHAPITRE I. — Comment doit être comprise la tutelle ..	2
SECTION I. — But de la tutelle : Protection des incapables ..	2
SECTION II. — La tutelle protège certaines catégories de mineurs et les interdits ..	7
CHAPITRE II. — Sens des réformes à envisager ..	13
SECTION I. — Le régime français de la tutelle et le droit comparé ..	13
SECTION II. — Critiques adressées à notre régime de la tutelle ..	16
SECTION III. — Nécessité et urgence d'une réforme..	19
SECTION IV. — Plan de l'ouvrage ..	21

PREMIERE PARTIE

OUVERTURE DE LA TUTELLE

CHAPITRE I. — La tutelle des mineurs légitimes ne devrait s'ouvrir qu'au décès du survivant des père et mère ou à leur double déchéance ..	27
CHAPITRE II. — Qu'y aurait-il lieu de prévoir lors du décès ou de la déchéance de l'un des parents ? ..	37
CHAPITRE III. — <i>Quid</i> au cas de remariage du survivant des père et mère ? ..	45
CHAPITRE IV. — L'ouverture de la tutelle devrait, dans tous les cas, entraîner son organisation ..	51

TROISIEME PARTIE

FONCTIONNEMENT DE LA TUTELLE

GENERALITES	175
CHAPITRE I. — Direction de la personne du pupille	177
CHAPITRE II. — Représentation du pupille par le tuteur	181
CHAPITRE III. — Administration du patrimoine	185
SECTION I. — Obligations du tuteur	185
A. — Nomination du subrogé tuteur	185
B. — Levée de scellés, inventaire	186
C. — Fixation du budget de la tutelle	190
D. — Vente des meubles	191
E. — Conversion des titres au porteurs en nominatifs	192
F. — Emploi des capitaux	195
SECTION II. — Pouvoirs du tuteur	202
A. — Principe de l'omnipotence du tuteur	202
B. — Autorisation du Conseil de famille et homologation du tribunal	203
C. — Actes soumis à des formes spéciales ; actes interdits	204
§ 1. — Actes interdits au tuteur	205
§ 2. — Actes soumis à des formes spéciales	209
a) Acceptation amiable des offres de l'administration en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique	209
b) Acceptation d'une succession	210
c) Transaction	211
d) Vente d'immeubles	213
e) Partage	218
f) Appendice	221
D. — Maniement des deniers	222
E. — Responsabilité du tuteur	226
SECTION III. — Hypothèque légale	227
APPENDICE. — Suspension de la prescription	234

QUATRIEME PARTIE

FIN DE LA TUTELLE

CHAPITRE I. — Causes de cessation de la tutelle	239
CHAPITRE II. — Compte final	243
CHAPITRE III. — Prescription des actions	247

CONCLUSION. — ETAT OU FAMILLE ?

CHAPITRE I. — La tutelle familiale et son traditionnalisme	257
CHAPITRE II. — La tutelle de l'autorité et le socialisme d'Etat	268
CHAPITRE III. — La famille, protectrice naturelle de l'en- fant	267

APPENDICE. — PROJET DE REFORME

OBSERVATIONS PRELIMINAIRES	275
I. — Code civil ; titre <i>de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation</i>	277
II. — Code civil ; titre <i>de la majorité, de l'interdiction et du conseil judiciaire</i>	298
III. — Loi du 27 février 1880	300
BIBLIOGRAPHIE	303



